HARVARD LAW LIBRARY

Mecklenburg-Schwerin. Ober-appellationsgericht

Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Herausgegeben

von den

Oberappellationsräthen

Dr. Hermann Buchka

und

Dr. Johann Friedrich Budde.

Dritter Band.

Wismar und Ludwigslust.

Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.

1859.

Digitized by Google

Rec. Ap 1. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

I. Civilproceß.

Seite

1. Ueber die Canzleisässigkeit des Adels 1
2. Competenz der Justiz-Canzleien als Disciplinarbehörden über die in ihrem Sprengel wohnenden Sachwälte 5
3. Ueber das forum solutionis in Wechselsachen 5
4. Ueber das forum delicti commissi 9
5. Ueber das s. g. forum continentiae causarum ex identitate fundamenti personali 10
6. Ueber prorogatio fori und die exceptio fori incompetentis. 11
7. Nach der Verordnung vom 6. Februar 1855 haben die Niedergerichte den vom Beklagten abgekündigten Cognitionstermin von Amtswegen wieder anzusetzen 12
8. Nach der Verordnung vom 6. Februar 1855 sind Nachträge zur Vernehmlassung nicht mehr bis zum Eingange der Replik zulässig 14
9. Die durch Deposition baaren Geldes bestellte Caution für die Prozeßkosten darf trotz des Widerspruches des Beklagten vom Kläger mit einer cautio fidejussoria vertauscht werden . . . 16
10. Die schriftliche Redaction einer Urkunde im Auftrage der Contrahenten macht den Mandatar nicht unfähig zum Zeugniß über das betreffende Geschäft 17
11. Ueber die Zulässigkeit von Zeugen, die de propria turpitudine aussagen sollen 18
12. Zur Auslegung des Rostocker Stadtrechts Th. 5 Tit. 7 Art. 10 (Lübsches Recht Lib. V Tit. 7 Art. 15) über die in Rathen und Thaten gewesenen Zeugen 20
13. Editionspflicht in Bezug auf gemeinschaftliche Urkunden . . . 22
14. Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte 27
15. In Ehescheidungssachen ist die Eidesdelation zulässig 29
16. Im Ehescheidungsprocesse genügt keine bloß formelle processualische Gewißheit, jedoch sind die Folgen der contumacia in Bezug auf die Erklärung über den zugeschobenen Eid zu beachten . . . 31
17. Unter welchen Voraussetzungen ist gegen den s. g. directen Gegenbeweis ein weiterer Beweis zulässig? 34

Digitized by Google

Seite

18. Concurrenz der fiscalischen Anklage und der officiellen Untersuchung rücksichtlich des strafbaren Wuchers 37

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

19. Handlungsunfähigkeit der unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Vertretung derselben 40
20. Rücksichtlich städtischer Grundstücke sind die Juden durch das Verbot des Eigenthumserwerbes auch von der Ausübung des creditorischen Gleichgebotsrechtes ausgeschlossen 43
21. a. Verhältniß der Majoritätsbeschlüsse einer Corporation zu den den einzelnen Mitgliedern am Corporationsvermögen zustehenden Nutzungsrechten
b. Die Verordnung vom 2. Februar 1792 sub XIV ist auf Processe einzelner Mitglieder gegen die Corporation nicht anwendlich 46
22. Ueber die Voraussetzungen, unter welchen sich die Wirksamkeit der exceptio rei judicatae und der exceptio litis pendentis auf den Singularsuccessor erstreckt 54

B. Sachenrecht.

23. Geltung des art. 16 Th. III Tit 12 des Rostocker Stadtrechts in der Vorstadt 55
24. 1. Die Servituten an einem Privatsee werden nicht dadurch aufgehoben, daß sich zwischen demselben und dem unmittelbar angrenzenden praedium dominans durch Zurücktreten des Wassers ein Vorland bildet;
2. Die Servituten sind sowohl rücksichtlich des Ausschlusses der ordentlichen Ersitzung, als auch hinsichtlich der Statthaftigkeit der außerordentlichen Ersitzung nach der Analogie des Eigenthums zu beurtheilen
3. Die gemeinrechtlichen Klagen des Fiscus verjähren in 30 Jahren 57
25. 1. Auslegung eines in Bezug auf die Constituirung eines obligatorischen Rechtes, eines ususfructus oder einer s. g. irregulären Prädialservitut zweifelhaften Vertrages
2. Verurtheilung in fructus percipiendi von Zeit der Insinuation der Klage (nicht von derjenigen einer früheren Interpellation) bei der rei vindicatio 75
26. Ueber den Interdictenschutz der Wegegerechtigkeiten. Unstatthaftigkeit des interdictum de itinere actuque privato bei einem öffentlichen Wege 83
27. 1. Welche Wirkung hat die Veräußerung von Lehnspertinenzen in Bezug auf die — ihr Recht vom Veräußerer ableitenden — Lehnssuccessoren?
2. Unter welchen Voraussetzungen ist der Vorbehalt einer Liquidationsinstanz statthaft? 88

Digitized by Google

Seite

C. Obligationenrecht.

28. Voraussetzungen für die Klagbarkeit einer Wette 100
29. Der ältere Cessionar geht dem jüngeren ohne Rücksicht auf die Priorität der Denunciation vor 105
30. 1. Der Verzicht des Bürgen auf das beneficium excussionis schließt die Berufung desselben auf eine dem Gläubiger im Verhältniß zum Hauptschuldner zur Last fallende culpa in exigendo aus.
2. Die Unterbrechung der Verjährung wirkt von der Person des Hauptschuldners auf diejenige des Bürgen zurück.
3. Bedeutung der Erbenzeugnisse für die Legitimation des klagenden Erben.
4. Voraussetzungen für die mora des interpellirten Schuldners.
5. Zur Auslegung des Rostocker Stadtrechts. Th. III Tit. 5 Art. 2 107
31. Vertrag über Darleihung eines Capitals: — Folgen der mora des künftigen Hauptschuldners in Bezug auf die Herbeischaffung der versprochenen Realsicherheit 120
32. Die rechtzeitig in der Wohnung des abwesenden Schuldners erfolgte Kündigung eines Capitals ist ohne Rücksicht auf dessen persönliche Kenntniß wirksam 123
33. 1. Ueber die Erfordernisse der Uebereignung von Schiffsparten.
2. Ueber die rechtlichen Folgen des casuellen Unterganges einer von einem und demselben Verkäufer zweimal verkauften Sache 126
34. Für die formelle Gültigkeit eines Wechsels ist die ausdrückliche Angabe der Jahreszahl bei der Bestimmung der Zahlungszeit nicht unbedingt nothwendig 139
35. Zu §. 4. 6 und 96. 6 der Wechselordnung 140
36. Ueber die rechtliche Bedeutung der Indossirung eines eigenen Wechsels auf Einen der mehreren Aussteller 141
37. Ueber die Setzung von Schiffen. (Rostocker Stadtrecht Art. 6 Th. VI. Tit. 4) 147
38. Ueber die Verbindlichkeit des Ehebrechers, das mit der Ehefrau eines Andern erzeugte Kind zu alimentiren 151

D. Familien- und Erbrecht.

39. Rechtliche Natur und processualische Behandlung der Klage auf Supplirung des väterlichen Eheconsenses 156
40. Rechtliche Bedeutung der Entschädigung aus einem Verlöbnißbruch 160
41. Ueber den Einfluß einer Verlegung des Domicils auf das nicht conventionelle Güterverhältniß unter Ehegatten 163
42. Ueber das Verhältniß, in welchem der Vater und die Erben einer Ehefrau rücksichtlich der Rückforderung der dos profectitia zu einander stehen 172
43. Ueber die Geltung des Rostocker Güterrechts unter Ehegatten, insbesondere über die Haftung der Frau für des Mannes Schulden 177
44. Zur Auslegung und Anwendung des Lib. II. Tit. 2. Art. 12 des Lübischen Rechts 183

Digitized by Google

Seite

45. Der Versuch des Ehebruches ist kein ausreichender Grund zur Scheidung der Ehe 195
46. Die bestimmte Behauptung des Ehebruches ist auch in den Anwendungsfällen des cap. 12 x de praesumt. (2, 23) erforderlich 195
47. Die Verbindlichkeit des Ehemannes zur Alimentation der Frau erlischt mit der Ehe — auch im Fall einer von dem Ersteren verschuldeten Scheidung 196
48. Beschränkung des väterlichen Erziehungsrechtes durch interimistische Anordnungen während eines Ehescheidungsprocesses 197
49. Eine Curatel darf nur unter der Voraussetzung einer justa causa bestellt werden. — Unstatthaftigkeit des Privatverzichtes auf die Handlungsfähigkeit 201
50. Zur Interpretation des Rostocker Stadtrechts. Th. 1 Tit. 7. 207
51. Ueber die Testirfähigkeit — Fortdauer derselben bei den wegen körperlicher Gebrechlichkeit unter Curatel gestellten Personen . . 209
52. 1. Worin bestehen nach der geschichtlichen Entwickelung der gemeinrechtlichen Praxis die Solennitäten des testamentum judici oblatum?
2. Der Inhalt eines letzten Willens ist nach dem am letzten Domicil des Testators geltenden Rechte zu beurtheilen . . 212
53. Zur Lehre von gerichtlichen Testamenten 247
54. Beitrag zur Lehre von den wechselseitigen Testamenten und von den Privatcodicillen schreibensunfähiger Personen 249
55. 1. Unter welchen Voraussetzungen darf eine schriftlich verfaßte letztwillige Disposition als mündliches Testament aufrecht erhalten werden? — Heredis institutio ex re certa.
2. Beweis des mündlichen Testamentes 255
56. 1. Vollständigkeit der vorgelegten letztwilligen Verfügungen als Bedingung des Remedii ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo (6, 33).
2. Anordnung der Cautela Socini in einem Codicille.
3. Die zur Verwaltung eines peculium adventitium irregulare angeordnete Specialcuratel fällt weg, wenn der Vater des honorirten Haussohnes vor dem Testator stirbt.
4. Berechtigung der Testamentsexecutoren zur executivischen Geltendmachung der den Fideicommissaren zustehenden Cautionsforderung — vor Aushändigung des Nachlasses an die Onerirten.
5. Zur Auslegung der l. 6 C ad SC. Trebell. (6, 19) . . . 268
57. a. Wesen der exheredatio bona mente nach gemeinem Rechte und nach den Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts Th. 2 Tit. 1 Art. 24
b. Der Ehebruch der verheiratheten Tochter ist nach der Nov. 115 cap. 3 kein genügender Enterbungsgrund.
c. Die Codicillarclausel ist auch im Fall der Verletzung von Notherbenrechten wirksam.
d. Befugniß des pflichttheilsberechtigten Erben zum Abzug der Quarta Trebellianica neben dem Anspruch auf den Pflichttheil 289
58. 1. Eine Ehefrau verzichtet durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes mit ihrem Ehemanne nicht auf die portio statutaria.

Digitized by Google

Seite

2. Miterben — auch die nur zur portio statutaria berufene Wittwe — sind berechtigt, von den Miterben eine Erklärung über den Antritt der Erbschaft zu verlangen.
3. Ueber die Frist und das Präjudiz, mit welchem der Befehl zur Abgabe dieser Erklärung zu erlassen ist 322

III. Kirchenrecht.

59. Eine allgemeine Verpflichtung der Patrone, beim Unvermögen der Kirchen subsidiär deren Baulast zu übernehmen, besteht weder nach gemeinem Rechte, noch nach dem für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin geltenden Particularrecht 334
60. Ueber die Zulässigkeit eines einseitigen Verzichtes auf das Patronatrecht nach gemeinem und Mecklenburgischem Rechte . . . 352
61. 1. Berechtigung der Mecklenburgischen Landesherren, als Oberbischöfe, zur unmittelbaren Bestellung von Procuratoren für einzelne Kirchen und Pfarren.
2. Ueber die Vertheilung kirchlicher Gemeindefuhrlasten zwischen einer Stadt und eingepfarrten Dorfschaften. — Processualische Stellung der Kirche zu dem Streit der Parochianen über diese Vertheilung 356

Digitized by Google

I. Civilproceß.

1.

Ueber die Canzleisässigkeit des Adels.

Be. 846/1857.

Bei Gelegenheit einer Klage, welche bei einem Amtsgerichte gegen einen bäuerlichen Knecht erhoben war, stellte es sich heraus, daß der Beklagte noch minderjährig und von Adel sei. Der Kläger beantragte daher zunächst dessen Bevormundung und wandte sich deshalb an die Justizkanzlei zu Schwerin, erhielt aber den Bescheid, daß die Canzleisässigkeit des von N. N. in Folge des von ihm gewählten Berufes ruhe, die Justizkanzlei mithin nicht competent sei. Auf erhobenen Recurs erklärte sich das Oberappellationsgericht unterm 22. Mai 1857 mit dieser Entscheidung aus folgenden Gründen einverstanden:

Die Ritterschaft des Mittelalters, aus welcher der niedere Adel bekanntlich hervorgegangen ist, war ihrer eigentlichen Bedeutung nach ein Berufsstand, dessen Mitglieder sich von Bürgern und Bauern eben durch ritterliche Lebensweise und die dadurch bedingte hervorragende Stellung scharf unterschieden. Ein Geburtsstand bildete sich daraus erst seit Durchführung des Grundsatzes, daß der Eintritt in die ritterliche Genossenschaft von der eignen Wahl eines vollfreien Mannes nicht ausschließlich abhänge, sondern zugleich dessen Abstammung aus einem ritterlichen Geschlechte voraussetze,

cfr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 53,

aber es blieb doch Regel, daß auch der Ritterbürtige durch Ergreifung einer unritterlichen Beschäftigung sich von seinen Standesgenossen scheide. Im Laufe der Zeit ist der Adel freilich

nicht auf den einen Beruf, dem er seine Entstehung verdankt, beschränkt geblieben, vielmehr ist er unter dem Einflusse einer gänzlichen Umgestaltung der socialen Verhältnisse auch zu anderen, seiner ursprünglichen Bestimmung fern liegenden, aber derselben in der öffentlichen Meinung gleichgeachteten, Berufsarten übergegangen, wozu insbesondere auch die seit dem 14. Jahrhunderte üblich gewordenen Standeserhöhungen, welche diesem Stande eine rasch wachsende Zahl von neuen Mitgliedern aus anderen Lebenskreisen zuführten, wesentlich beigetragen haben. So zahlreich und mannigfaltig indessen auch die Lebensbahnen geworden sind, welche sich dem Adel geöffnet haben, so ist doch stets festgehalten worden, daß das kleine zünftige Gewerbe die äußerste Grenze bilde, deren Ueberschreitung einen thatsächlichen Verzicht auf die adlichen Standesrechte ausdrücke, und es versteht sich daher von selbst, daß die freiwillige Uebernahme reiner Knechtsdienste, womit eine noch viel tiefere Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft verbunden ist, die nämliche Wirkung äußern muß. Wenn manche Rechtslehrer

cfr. Eichhorn, a. a. O. §. 61.

in der Ergreifung einer solchen, entschieden standeswidrigen Handthierung einen definitiven Verzicht auf den Adel finden wollen, so fehlt es für einen so weit gehenden Satz allerdings an zutreffenden und sachlichen Gründen, da nicht abzusehen ist, weshalb Derjenige, welcher ohne eigenes Verschulden in die Lage gekommen ist, sich durch eine, mit seinem Geburtsstande zwar unverträgliche, aber an sich keineswegs unehrenhafte Beschäftigung das Leben fristen zu müssen, seine Standesrechte für immer verloren haben soll. Demnach ist das hier vorliegende Verhältniß in dem Response vom 4. v. M., **ad [1] Canc.**, mit den Worten, daß die (durch die adliche Herkunft an sich begründete) Canzleisässigkeit des von N. N. in Folge (und also nur während der Dauer) des von ihm gewählten Berufes ruhe, ganz richtig bezeichnet. Ein ruhender Adel in dem Sinne einer bloß temporären Suspension der Standesrechte ist dem gemeinen Rechte auch sonst nicht unbekannt. Eine adliche Frau, welche mit einem bürgerlichen Manne verheirathet gewesen ist, wird,

wenn sie später mit einem Standesgenossen eine Ehe schließt, nicht etwa von Neuem in den Adelsstand versetzt, sondern sie erwirbt die durch die erste Ehe unterbrochen gewesenen Standesrechte wieder, wie sich darin kund giebt, daß sie auch der Rechte des alten Adels, wenn ihr solche von Geburt zustanden, wieder theilhaftig wird.

Daß das hiesige Particularrecht von den vorstehend entwickelten Grundsätzen des gemeinen Rechts abweiche, ist unerfindlich,

cfr. v. Kamptz, Civilrecht II, §. 176,

insbesondere ist darauf kein Gewicht zu legen, daß die Landes-Proceß-Ordnungen den Adel schlechthin für canzleisässig erklären,

Land- und Hofgerichts-Ordnung. II, 3, §. 3,
Güstrowsche Canzlei-Ordnung, ibid.

da, wie gezeigt, ein Knecht, so lange er in dieser Stellung verharrt, trotz seiner adlichen Herkunft und seines Namens, nicht zum Adel gerechnet werden kann.

Als die Justiz-Canzlei nun aber unter Bezugnahme auf diesen Recursbescheid in einem anderen Falle auch die Canzleisässigkeit adlicher Gutsinspectoren in Zweifel gezogen hatte, weil der Adel sich nicht mit dem Eintritte in einen Privatdienst vertrage, sprach sich das Oberappellationsgericht in einem vom Justiz-Ministerium geforderten Berichte über die angeregte Frage so aus:

Ob eine gewisse sociale Lebensstellung für einen Adlichen standeswidrig sei und daher einen temporairen thatsächlichen Verzicht auf die Standesrechte enthalte, hängt lediglich von der Qualität der damit verbundenen Berufsthätigkeit ab, dagegen ist es ganz gleichgültig, ob die den Beruf bildende Beschäftigung selbständig oder im Dienste eines Anderen ausgeübt werde. Das Dienen an sich ist zu keiner Zeit dem adlichen Stande ungemäß gewesen, wenn nur die Art der Dienstleistung nicht standeswidrig ist, auch ist dabei niemals auf den Stand des Dienstherrn gesehen worden. Nach der Lehre der Rechtsbücher kann ein Rittersmann die seinem Lebensberufe entsprechen-

den Dienste nicht blos einem freien Herrn, also einem Mitgliede des hohen Adels widmen; er kann vielmehr auch Einem seiner Standesgenossen, ja sogar, da die Ritterschaft selbst wieder aus Schöffenbarfreien und Ministerialen zusammengesetzt war, einem Ungenossen zu Lehnstreue und Ritterdienst sich verpflichten, ohne damit seine angebornen Standesrechte aufzugeben. Nur seinen Heerschild, d. h. seine Stellung in der Lehnshierarchie erniedrigt er damit.

Sachsenspiegels Landrecht, III, 65, §. 2.

Ist nun, wie wir in der angezogenen Recursentscheidung hervorgehoben haben, der Adel in andere seinem ursprünglichen Berufe fern liegenden Lebensbahnen eingetreten und stehen ihm jetzt alle Berufsarten offen, welche nicht zu der auf dem zünftigen Gewerbe beruhenden specifisch bürgerlichen Nahrung gehören oder in gemeiner Handarbeit bestehen, so folgt von selbst, daß in gleicher Weise auch die dienstlichen Stellungen, welche dem adlichen Stande des Dienenden unnachtheilig sind, sich vermehrt haben. Hiernach kann freilich weder der Lehrling und Geselle eines Handwerkers, noch derjenige, welcher zu häuslichen oder ländlichen Arbeiten als Knecht sich vermiethet, während der Dauer dieses Verhältnisses seinen Geburtsadel geltend machen; aber der Dienst eines Gutsinspectors ist von ganz anderer Beschaffenheit. Seine Verrichtungen bestehen darin, daß er auf Grund einer mehr oder weniger ausgedehnten Vollmacht die Gutswirthschaft leitet, die ihm untergebenen Tagelöhner und Knechte beaufsichtigt und innerhalb des ihm angewiesenen Wirkungskreises Stellvertreter des Gutsherrn selbst ist. Letzterer könnte, wenn er Zeit und Neigung dazu hätte, alle zu den gewöhnlichen Obliegenheiten eines Inspectors gehörenden Geschäfte unbeschadet seiner socialen Stellung selbst besorgen. Wir finden es daher in Anwendung der oben aufgestellten Principien nicht gerechtfertigt, einem adlichen Gutsinspector, dessen dienstliche Beschäftigung entschieden nicht standeswidrig ist, seine Adelsrechte und insonderheit den eximirten Gerichtsstand vorzuenthalten.

2.

Competenz der Justiz-Canzleien als Disciplinar-Behörden über die in ihrem Sprengel wohnenden Sachwälte. Ae. 170/1858.

Der Recursbescheid des Oberappellationsgerichts vom 16. December 1858 enthält nachstehenden Ausspruch:

Wenn auch — — die Advocaten nach der Land- und Hofgerichts-Ordnung, Th. I, Tit. 14, §. 2 und der Güstrowschen Canzlei-Ordnung, Th. I, Tit. 12, §. 2, wenn sie ratione muneris zu belangen und zu strafen sind, ausschließlich unter demjenigen Landesgerichte stehen, bei welchem sie immatriculirt worden, so ist doch dieses dadurch, daß durch die §§. 15 und 16 der Publications-Verordnung vom 1. Juli 1818 (Anlage zur Neben-Verordnung vom 20. Juli 1840) jeder Justiz-Canzlei für alle und jede Civil- und Criminalsachen ein bestimmter Landestheil zum Jurisdictions-Bezirk ausschließlich angewiesen und die darin befindlichen schriftsässigen Personen ohne sonst begründete Ausnahmen in erster Instanz unterworfen worden, dergestalt aufgehoben, daß die Justiz-Canzlei, in deren Bezirk ein Advocat wohnt, dessen allgemeine Disciplinar-Behörde ist. Man vergl. auch Verordnung vom 21. April 1837, §. V, nr. 7. Abs. 2, und Verordnung vom 27. Sept. 1837, §. III, Abs. 2 und §. XI.

3.

Ueber das forum solutionis in Wechselsachen.

Aa. 20/1857 **Strelitz.** — **Fa.** 407/1858. — **He.** 688/1858.

Das Oberappellationsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß Wechselklagen gegen Ausländer bei dem Gerichte des Zahlungsortes nur unter denselben Voraussetzungen zuzulassen seien, von denen die gemeinrechtliche Praxis die Wirksamkeit des forum contractus überhaupt abhängig macht. Ein Querelbescheid vom 27. April 1857 sagt darüber:

Der §. I. der Wechselproceß-Ordnung vom 14. Juni 1849 hat — wie die hieher gehörigen Motive nachweisen — lediglich

die Controverse darüber abschneiden sollen, ob das Gericht des Zahlungsortes zu den besonderen Gerichtsständen zu rechnen sei. Die Grundsätze, welche bei Annahme dieses **forum contractus** galten, wurden nicht geändert. Die Jurisdictionsgewalt über einen Ausländer hängt aber — wenn nicht besondere Staatsverträge ein Anderes anerkennen — davon ab, daß der Beklagte im Inlande sich aufhält oder Vermögen besitzt. Dies ist namentlich die Grundlage der Anwendlichkeit des Gerichtsstandes des Contracts- oder Zahlungsortes gegen Ausländer, und daß das Gesetz von dieser, der Natur der Sache entnommenen, die Wirksamkeit des **forum** bedingenden Voraussetzung habe absehen wollen, ist nicht zu ersehen. Demnach kann das Gericht des Zahlungsortes auch im Wechselprocesse gegen Ausländer nicht anders angegangen werden, als wenn solche Voraussetzung vorhanden oder die Ausführung des Erkenntnisses durch Staatsverträge gesichert ist. Auch daran fehlt es hier.

Daß diese Beschränkungen wegfallen, wenn der Beklagte ein Inländer ist, und daß in diesem Betreff jedes mecklenburgische Gericht die Angehörigen beider Großherzogthümer als Inländer zu betrachten habe, ist in einer anderen Wechselsache durch Querelbescheid vom 4. November 1858 anerkannt und folgendermaßen begründet worden:

Zwar hat die gemeinrechtliche Praxis, im Anschlusse an die Aussprüche der Pandecten-Juristen, sowie des **cap. 1, §. 3 de foro competente in VI** (2, 2), sich überwiegend dafür ausgesprochen, daß das **forum contractus** nur wirksam werde, wenn der Schuldner in dem bestimmten Gerichtssprengel anwesend ist oder Vermögensstücke daselbst besitzt.

vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 6. Seite 304 f. und die daselbst not. 38 und 39, sowie bei Cocceji jus civile controversum, lib. V. tit. 1. qu. 15 citirten Schriftsteller.

Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel. Th. 5, Abth. 1, S. 249 ff.

von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 8, S. 244 ff.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 2, S. 410 f., Bd. 5, S. 67, 293, Bd. 8, S. 125 f., 410 f., 412.

Das ältere römische Recht legt aber, nach den überzeugenden Ausführungen von Hefftter (System des Civilprocesses, §. 164) auf beide Requisite nur als Mittel, um die Stellung des Beklagten vor Gericht zu erwirken, Gewicht, und die **Nov. 69 cap. 1** und 2 scheint ganz davon abzusehen. Das **cap. 1, §. 3 cit.** erkennt zwar wiederum im Allgemeinen die Regel des älteren Römischen Rechtes an, bringt dieselbe aber, unter wesentlicher Modification ihrer ursprünglichen Bedeutung, lediglich mit dem Contumacialverfahren durch **missio in bona** in Zusammenhang, indem es selbst bei vorhandenem Güterbesitz die Ladung des abwesenden Schuldners durch dessen competentes Gericht verlangt, und erst, wenn diese vergeblich ist, die **missio in bona** zuläßt, übrigens aber auch die Erstreckung der letzteren auf die in einer anderen Diöcese belegenen Güter gestattet, **„si forte malitiose se ipsos occultent, ne citatio perveniat ad eosdem.“** Das Contumacialverfahren der **missio in possessionem** ist längst nicht mehr ein Bestandtheil des geltenden Proceßrechtes. Auch bedarf es zur Gestellung des Beklagten im jetzigen Rechte an sich weder seiner persönlichen Anwesenheit, noch des Vorhandenseins ihm gehörender Vermögensstücke im Gerichtsbezirke, sofern die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, demselben die auf die Klage erlassene Verfügung durch Requisition seines ordentlichen Richters zu insinuiren. Die erwähnte gemeinrechtliche Praxis hat daher in Bezug auf das gegen einen Inländer begründete **forum contractus** ihren Boden verloren, nachdem das Requisitionsverfahren seine gegenwärtige Gestalt erhalten und sich insbesondere die Verbindlichkeit der einheimischen Gerichte zur gegenseitigen Rechtshülfe festgestellt hat.

Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, §. 42, S. 362.

Die nie ganz beseitigten Bedenken gegen die fragliche Praxis haben eben deswegen in der neueren Civilproceß-Theorie eine weit verbreitete Billigung gefunden.

Vgl. Cocceji a. a. O.
Glück a. a. O.
Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Processes, § 52, und Vorlesungen, I, S. 336.
Linde im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 7, S. 69 f. und Lehrbuch des Civilprocesses § 91.
Heffter a. a. O.
Schmid, Handbuch des gemeinen Deutschen Civilprocesses Th. 1, S. 101 f.
Bayer, Vorträge über den Civilproceß (8te Aufl.), S. 200 f.
Seuffert, Archiv, Bd. 7, S. 294, Bd. 8, S. 126.

Für das Mecklenburgische Recht ergiebt sich noch ein specieller Grund gegen die fragliche Praxis daraus, daß nach den Landes-Proceßordnungen die Güter eines Inländers nicht schon wegen der bloßen Rücksicht auf seine gerichtliche Belangung im **forum contractus** mit Arrest belegt werden können. Denn wenn die beiden streitigen Requisite hiernach eben so wenig für die Sicherung der Execution wie für die Sistirung des Beklagten bei Einleitung des Processes Bedeutung haben, so sind sie überhaupt rechtlich werthlos, und würde der Richter folgeweise an denselben nur unter der Voraussetzung festzuhalten haben, daß es sich um eine zweifellos feststehende Satzung des positiven Rechtes handelte; statt einer solchen steht aber nur eine, nie ganz unangefochten gebliebene gemeinrechtliche Praxis zur Frage, deren constante Anerkennung von Seiten der einheimischen Gerichte keinen Falls nachgewiesen werden kann. Nach allem Vorstehenden muß einem Inländer gegenüber von den fraglichen Requisiten für die Wirksamkeit des **forum contractus** ganz abgesehen werden. Auch erscheint es als gerechtfertigt, rücksichtlich dieses Punktes die Mecklenburg-Strelitzer den Inländern gleichzustellen, da die Praxis die allgemeine Pflicht zur Leistung der Rechtshülfe zweifellos auch für das gegenseitige Verhältniß der Gerichte beider Landestheile anerkennt, und ferner nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 19 der Anlage zur Mecklenburg-Schwerinschen Nebenverordnung vom 20. Juli 1840 und des §. 16 der Anlage zur Mecklenburg-Strelitzschen Nebenverordnung **de eodem** die

Unterthanen beider Lande unter und gegen einander nicht als Auswärtige zur Begründung eines Arrestes angesehen werden sollen. Denn hienach kann eines Theils die Ladung des bei einem Schwerinschen **forum contractus** belangten abwesenden Strelitzschen Unterthanen eben so sicher durch Requisition seines ordentlichen Richters geschehen, wie wenn ein Schwerinscher Unterthan belangt wäre; anderen Theils aber darf das etwa in den Schwerinschen Landen vorhandene Vermögen eines Strelitzers nicht zur Erhaltung des **forum contractus** mit Arrest belegt werden, und ist daher der Besitz eines solchen Vermögens in dem Bezirke des **forum contractus** rechtlich eben so gleichgültig bei einem Angehörigen des Einen Landes, wie bei demjenigen des Anderen. Es ist demnach consequent, die Wirksamkeit des mehrberegten Gerichtsstandes den Angehörigen beider Länder gegenüber von den Erfordernissen der persönlichen Anwesenheit oder des Güterbesitzes in dem betreffenden Gerichtssprengel für unabhängig zu erklären, da sich nicht nachweisen läßt, daß die Gesetzgebungen bei der Sanctionirung der §. 16 und 19 cit. von der Absicht geleitet worden wären, das **forum contractus** den Angehörigen des anderen Landestheiles gegenüber durch das Verbot der Arretirung von Vermögensstücken derselben illusorisch zu machen und somit indirect aufzuheben.

4.

Ueber das Forum delicti commissi.

Sa. $1271/_{1859}$.

Der Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 16. März 1859 enthält folgenden Ausspruch:

Die über die Zuständigkeit des **forum delicti commissi** vorhandenen Bestimmungen lassen sich nicht ohne Weiteres gegen Ausländer anwenden, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Staat seine richterliche Gewalt gegen dieselben ausüben und

geltend machen kann. Dazu gehört aber, von besonderen Conventionen abgesehen, daß der Beklagte im Lande entweder anwesend ist oder Vermögen besitzt.

5.

Ueber das s. g. forum continentiae causarum ex identitate fundamenti personali.

Ka. 521/1839. Bu. 894/1859.

Bei Einführung der Oberappellationsgerichts-Ordnung vom 1. Juli 1818 ist im §. 17, 2 der Publications-Verordnung für die Mecklenburg-Schwerinschen Lande die Einrichtung getroffen, daß dem Kläger die Wahl der Justiz-Canzlei überlassen bleibt, wenn mehrere in verschiedenen Canzleisprengeln domicilirende Schriftsässige zu belangen sind. Ueber den Grund und die Tragweite dieser Vorschrift hat das Oberappellationsgericht in einem Querelbescheide vom 7. April 1859 sich so ausgesprochen:

Die bei Aufhebung der concurrenten Jurisdiction der Landesgerichte im §. 17, 2 der Publications-Verordnung vom 1. Juli 1818 getroffene Bestimmung beruhet sichtlich auf einer Anerkennung des durch die Einheit des Klaggrundes bedingten außerordentlichen Gerichtsstandes, welcher, da dem Oberappellationsgerichte keine Gerichtsbarkeit in erster Instanz zusteht, nur bei einer der Justiz-Canzleien gewährt werden konnte. Das Gesetz bezieht sich seinem Wortlaute nach zwar ausschließlich auf Schriftsässige, ist aber auch auf niedergerichtssässige Personen, welche in verschiedenen Canzleisprengeln wohnen unbedenklich zur Anwendung zu bringen, weil der erwähnte außerordentliche Gerichtsstand auch für diese Personen allemal vor dem Obergerichte begründet ist, so daß dieselben in Fällen der vorliegenden Art den Schriftsässigen ganz gleich stehen.

Eine Entscheidung gleichen Inhalts war früher schon im Jahre 1839 ergangen.

6.

Ueber prorogatio fori und die exceptio fori incompetentis.

Mo. 635/1858.

Der frühere Gutsbesitzer E. auf K. wurde, nachdem er das Gut seinen Kindern abgetreten und damit für seine Person aufgehört hatte, canzleisässig zu sein, von einem mit diesen Verhältnissen unbekannten Gläubiger bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin belangt und ließ sich vor diesem Gerichte auf die Sache ein, ohne die **exceptio fori incompetentis** vorzuschützen. Erst nachträglich, als die Vernehmlassung dem Gegner bereits mitgetheilt war, jedoch vor Eingang der Replik, machte er jene Einrede geltend, indem er sich darauf berief, er sei über seinen persönlichen Gerichtsstand bisher in einem Irrthume befangen gewesen. Die Justiz-Canzlei erklärte sich hierauf für incompetent, wurde aber auf Querel des Klägers vom Oberappellationsgerichte angewiesen, in der Sache weiter zu verfahren.

Gründe.

Von einer die Willensübereinstimmung der Parteien erfordernden **prorogatio fori** kann freilich keine Rede sein, wenn der Beklagte vor einem incompetenten Richter in der irrigen Voraussetzung der Zuständigkeit desselben auf den Streit sich einläßt. Gleichwohl kann der Beklagte auf einen solchen Irrthum, der übrigens allerdings auch im Falle der Unentschuldbarkeit den Consens ausschließen und daher eine freiwillige **prorogatio tacita** verhindern würde, nach der Litiscontestation sich nicht mehr berufen. Der Richter darf nämlich eine einmal angenommene Sache von Amtswegen nicht mehr ablehnen, gesetzt auch, daß er selbst geirrt hätte,

l. 2 §. 1 D. de judiciis (5, 1),

und er kann daher nur auf Grund einer vorgeschützten **exceptio fori** sich noch für incompetent erklären. Diese Einrede ist aber ausgeschlossen, sobald der Beklagte, ohne dieselbe vorher geltend zu machen, die erhobene Klage beantwortet hat. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob die frühere Praxis, welche nicht vorbehaltene Nachträge zur Vernehmlassungsschrift

bis zum Eingange der Replikschrift zuließ, mit den Principien der Verordnung vom 6. Febr. 1855 in Beihalt §phi 45, 2 der Rechtsmittelordnung vom 20. Juli 1840 noch länger vereinbar sei. Denn wenn es dem Beklagten auch erlaubt sein sollte, seine als ein abgeschlossenes Ganzes übergebene und bereits mit einer den Proceß in ein anderes Stadium überleitenden Decretur versehene Vernehmlassung nachträglich zu berichtigen oder zu ergänzen oder Einreden hinzuzufügen, welche die geschehene Litiscontestation zur Voraussetzung haben, so kann dies doch nicht auf diejenigen Einreden ausgedehnt werden, welche die Litiscontestation als solche zu einer bedingten machen, indem sie die Verbindlichkeit zur Vornahme der bereits vollzogenen Proceßhandlung in Frage stellen. War hiernach die in [5] vorgebrachte **exceptio fori** verspätet, so war dieselbe nicht mehr zu attendiren, da der Rechtsirrthum, in welchem der mit den relevanten Thatsachen nach Ausweis der Acten rechtzeitig bekannt gewesene Querulat befangen gewesen sein will, die Nachholung einer versäumten Einrede nicht rechtfertigt.

7.

Nach der Verordnung vom 6. Febr. 1855 haben die Niedergerichte den vom Beklagten abgekündigten Cognitionstermin von Amtswegen wiederum anzusetzen. Si. $1223/_{1857}$.

In einem Falle, in welchem das Stadtgericht zu Dömitz auf die von Seiten des Beklagten zulässiger Weise erfolgte Abkündigung des ersten Cognitionstermines von Amtswegen einen neuen Termin anberaumt, die Justiz-Canzlei zu Schwerin sich aber gegen dies officielle Vorschreiten erklärt hatte, billigte das Oberappellationsgericht im Bescheide vom 15. Mai 1858 den vom Gerichte erster Instanz befolgten processualischen Grundsatz mittelst nachstehender Deduction:

Der Schlußsatz des §. 34: „Alles dieses gilt auch für die Ladungen zu Terminen" spricht schon nach seiner Wortfassung

am meisten für die Ansicht, daß das Gesetz die über Fristerstreckungen aufgestellten Normen ganz unbedingt auf die Ladungen zu Terminen angewandt wissen und daher, statt der bloßen Abkündigung von Terminen, nur die Bitte um Erstreckung der Ladungen zulassen wolle. Zur Unterstützung dieser Auslegung dient der ganze Geist des Gesetzes, welches die Steigerung der officiellen Einwirkung des Richters auf alle Theile des Verfahrens als ein Hauptziel verfolgt und die Verhandlungsmaxime gerade in Bezug auf die Fortführung der eingeleiteten Processe zur Beseitigung von unnöthigen Verzögerungen auf das Entschiedenste durchbricht, wie nicht bloß die, nach §. 9 zur officiellen Pflicht stehende Ansetzung weiterer Termine nach Abhaltung des Ersten, sondern auch die im Falle des §. 3 sub 1 zugelassene Vollstreckung eines processualischen Nachtheils ohne weiteren Antrag des Klägers zeigt. Erscheint nun allerdings bei strenger Festhaltung der Verhandlungsmaxime die Annahme als gerechtfertigt, daß das Gesuch des Klägers um Anberaumung eines Verhandlungstermins seine Erledigung gefunden habe, sobald demselben gemäß verfügt worden, so wird der in solchem Gesuche niedergelegte Wille des Klägers doch erst dann wirklich und ganz erfüllt, wenn es zur Abhaltung des erbetenen Termins kommt, und es kann um so weniger für bedenklich erachtet werden, der hervorgehobenen freieren und volleren Interpretation des Parteiwillens im Zusammenhange des durch dies Gesetz geregelten neuen Verfahrens praktische Folge zu geben, da schon nach der Interimsordnung vom 4. Juli 1770 Nr. 9 auf die Abkündigung des Beklagten sofort und ohne Erwartung eines neuen Antrages des Klägers ein neuer Termin anzusetzen war, eben diese Vorschrift aber nach der dargelegten allgemeinen Tendenz der Verordnung vom 6. Februar 1855 durch die zu derselben gehörende Publications-Verordnung sub 2 schlechterdings nicht für aufgehoben erachtet werden kann.

8.

Nach der Verordnung vom 6. Februar 1855 sind Nachträge zur Vernehmlassung nicht mehr bis zum Eingange der Replik zulässig. La. 485/1857.

In einer beim Patrimonialgericht G. anhängigen Rechtssache hatte der Beklagte in dem ersten Termine seine Exceptionalen abgegeben und war sodann weiteres schriftliches Verfahren durch die Erlassung eines **Mandati de replicando** eingeleitet worden. Nachdem nun der Kläger auf Antrag des Beklagten mit der Replik bereits präcludirt war, später aber im Wege der **in integrum restitutio** die Bewilligung einer neuen Frist **ad replicandum** erwirkt hatte, überreichte der Beklagte vor Eingang der Replik einen Nachtrag zu seinen Exceptionalen, welchen das Patrimonialgericht als statthaft zu den Acten nahm — dem Kläger aufgebend, daß er sich ebenfalls **replicando** darüber erkläre. Auf Querel des Klägers reformirte die Justiz-Canzlei zu Schwerin unterm 19. Novbr. 1857 dahin, daß der fragliche Nachtrag von den Acten zu removiren sei. Der Beklagte ergriff das Rechtsmittel der weiteren Querel gegen diese Reformator-Entscheidung und berief sich zur Rechtfertigung desselben auf die Uebereinstimmung der Verfügung des Patrimonialgerichts mit der bisher im Mecklenburgischen Proceß stets beobachteten Praxis. Das Oberappellationsgericht bestätigte aber unterm 22. Febr. 1858 den Bescheid zweiter Instanz aus folgenden Gründen:

Wenn es freilich richtig ist, daß in dem früheren Verfahren Nachträge zur Vernehmlassung constant bis zum Eingange der Replik zugelassen worden sind, so steht doch eine derartige Nachsicht mit dem Geiste der, auf Abkürzung und strenge Begrenzung der einzelnen processualischen Handlungen, so wie auf Abschneidung verschleppender Weiterungen in allen ihren einzelnen Bestimmungen gerichteten Verordnung vom 6. Febr. 1855 in directem Widerspruch, und erscheint es schon hienach als bedenklich, die fragliche Praxis, welche bereits früher rücksichtlich der Rechtsmittel-Instanzen durch die Rechtsmittel-Verordnung vom 20. Juli 1840 §. 45 sub 2 aufgehoben worden ist, auf das Verfahren

aus der Verordnung vom 6. Febr. 1855 zu übertragen, zumal da dem auslegenden Richter auf das Bestimmteste durch die ganze Fassung dieses Gesetzes die Aufgabe gestellt ist, die neuen Principien desselben in allen ihren Consequenzen ohne Rücksicht auf das frühere Recht zur Anwendung zu bringen. Als entscheidend kommt der Inhalt des §. 26 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Febr. 1855 hinzu. Findet sich nämlich daselbst die Vorschrift, daß diejenigen Punkte, über welche sich eine, gesetzlich oder in Folge richterlicher Auflage zur Erklärung verpflichtete Partei unbestimmt erklärt, oder welche sie bei ihrer Erklärung übergeht, als zugestanden anzusehen sind, so wird dieser Nachtheil — abgesehen von den im §. 26 cit. Abs. 2 und 3 vorgesehenen, hier nicht zutreffenden Fällen der Zulassung einer Vervollständigung der Beantwortung — unmittelbar an die fragliche Mangelhaftigkeit der abgegebenen Erklärung geknüpft und als **ipso jure** in Folge derselben eintretend hingestellt. Nun ergiebt sich von selbst, daß die Erklärung des Beklagten über die Klage dann als zum Abschluß gekommen angesehen werden muß, wenn der für die Abgabe derselben anberaumte peremtorische Termin geschlossen und entweder ein Termin zur weiteren Verhandlung angesetzt, oder ein **mandatum ad replicandum** erlassen worden ist. Von der bezeichneten Zeit an hat folglich die Fiction des Zugeständnisses der in der Litiscontestation nur unbestimmt oder gar nicht berührten Theile der Klagebehauptungen bereits Realität gewonnen, und können dem Beklagten später nicht mehr ergänzende Nachträge zur Abwehr jener schon eingetretenen Fiction gestattet werden. Nach dem definitiven Abschlusse der Litiscontestation ist aber auch nicht mehr die Nachholung von Einreden zulässig. Die Praxis, welche früher ganz unbedingt bis zur Abgabe der Replik Nachträge zur Erklärung über die Klage gestattete, konnte sich in Bezug auf die Bewilligung eines nachträglichen Vortrages von Exceptionen nur auf die Erwägung stützen, daß die erste Handlung des Beklagten bis zum Eingange der Replik hin überhaupt der Erweiterung fähig sei. Nachdem der letztere Satz in der dargelegten Weise durch das neue Gesetz hinsichtlich der Litiscontestation beseitigt worden ist,

bleibt in Bezug auf die Exceptionen allein der, auf Grund des jüngsten Reichsabschiedes §. 37 von der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung II. 7, 3, in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Praxis aufgenommene Satz entscheidend, daß der Beklagte alle seine Schutzreden **sub poena praeclusi** mit der Litiscontestation einbringen, und sich durch keine Protestation oder Reservation gegen den Verlust der, nicht zur Zeit der Litiscontestation geltend gemachten Einreden zu schützen im Stande sein soll.

Die Resultate des Vorstehenden werden im vorliegenden Falle noch dadurch unterstützt, daß er, Beklagter, seinen Nachtrag zur Vernehmlassung in [6] **prim. inst.** erst zu einer Zeit zu den Acten gebracht hat, wo auf seinen Antrag die Replik des Gegners schon präcludirt gewesen, und deren Zulassung sodann nur mittelst Ertheilung der **in integrum restitutio** bewilligt war. Die verfügte Remotion des Vortrages stellt sich somit als gerechtfertigt dar. Uebrigens ist ihm, dem Beklagten, durch die Bestätigung dieser Remotion Nichts in Bezug auf die Frage aberkannt, ob und in wie weit es ihm etwa zugestanden hat, das in dem unstatthaften Nachtrage zur Vernehmlassung Vorgebrachte rechtzeitig noch in der Duplik geltend zu machen.

9.

Die durch Deposition baaren Geldes bestellte Caution für die Proceßkosten darf trotz des Widerspruches des Beklagten vom Kläger mit einer cautio fidejussoria **vertauscht werden.** Ro. 571/1858.

Das Oberappellationsgericht wies mittelst Querelbescheides vom 25. October 1858 den Widerspruch zurück, welchen ein Beklagter dagegen erhoben hatte, daß dem Kläger die 30 Thlr., welche dieser zur Erledigung der ihm rechtskräftig gemachten Cautionsauflage baar an das Gericht eingezahlt hatte, gegen eine offerirte **cautio fidejussoria** zurückgegeben würden. Die Gründe lauten folgender Maaßen:

Der an sich rein processualische und deßhalb durch Vermittelung des Richters zu realisirende Anspruch des Beklagten auf Sicherstellung wegen der Proceßkosten zielt nicht gleich der civilrechtlichen **obligatio generis seu alternativa**, dahin ab, ein bestimmtes Object fest in das Vermögen des Berechtigten zu bringen, sondern ist erfüllt, sobald dem Beklagten nur die Aussicht auf den im Falle des Obsieges ihm gebührenden Ersatz der aufgewendeten Proceßkosten durch eine nach dem Ermessen des Richters rechtsgenügliche Caution gewährt ist. Wird diesem Zwecke entsprochen, so ist die Art der geschehenen Cautionsbestellung selbst um so mehr gültig, als die nach herrschender Praxis zulässigen drei verschiedenen Arten derselben rechtlich einander völlig gleichgestellt sind. Da nun der Beklagte die Ausreichlichkeit der vom Kläger jetzt angebotenen Bürgschaftsleistung selbst nicht bestreitet, so würde es eine unbillige Beschwerung des Klägers sein, wenn ihm bloß in des Beklagten Bequemlichkeits-Interesse, bei dem noch völlig ungewissen Ausgange des Rechtsstreites, die Rücknahme des zunächst cautionsweise deponirten baaren Geldes gegen die eingereichte Bürgschafts-Acte versagt werden sollte, um so mehr, als der Beklagte rechtlich nie mehr als diese Art der Sicherheitsleistung verlangen konnte.

10.

Die schriftliche Redaction einer Urkunde im Auftrage der Contrahenten macht den Mandatar nicht unfähig zum Zeugniß über das betreffende Geschäft.

Ha. $683/_{1858}$.

Das Oberappellationsgericht sprach sich über den vorstehenden Rechtssatz in dem Bescheide vom 25. August 1858 folgender Maaßen aus:

In dem geltenden Rechte werden diejenigen Personen, welche von den Contrahenten mit der Anfertigung schriftlicher Urkunden über das von ihnen Vereinbarte beauftragt worden sind, nir-

gends als völlig unfähig von dem Zeugniß über das betreffende Geschäft ausgeschlossen. Die l. 25 de test. (22,5) spricht in ihrem ersten Theil lediglich von Advocaten, welche als solche einer Partei bedient gewesen sind. Der am Schluß der Stelle vorkommende Ausdruck: „executores negotiorum“ bezieht sich zunächst auf eine Art gerichtlicher Hülfsbeamte,

vgl. l. 8 C. de offic. rector. prov. (1,40).
Heffter, System des Civilrechts, §. 239 not. 137.

Mag nun auch eine analoge Anwendung der hier hinsichtlich der Advocaten und executores negotiorum ausgesprochenen Regel statthaft sein, so dürfen doch nach derselben keinenfalls die gegenwärtig zur Frage stehenden Personen beurtheilt werden, da diese sich in einem wesentlich andern Verhältniß zu der Sache befinden und das römische Recht selbst bei Testamenten nicht das mindeste Bedenken gegen die Zulassung des Schreibers zum Zeugniß anerkennt.

vgl. l. 27 qui testam. facere poss. (28,1).

Die Nov. 90 cap. 8 redet nur von der Zwangspflicht, nicht von der Fähigkeit zum Zeugniß.

11.

Ueber die Zulässigkeit von Zeugen, die de propria turpitudine aussagen sollen. Su. 1256/1858.

In einem Ehescheidungsprocesse hatte die klagende Frau zum Beweise des dem Manne vorgeworfenen Ehebruches sich unter Anderem auf das Zeugniß der von ihr als Mitschuldige bezeichneten Person berufen. Der erste Richter verwarf diese Zeugin sofort als inhabil und verwies dabei auf §. 5, Th. II, Tit. 24 der Güstrowschen Canzlei-Ordnung *); das Oberappellations-Gericht verordnete aber auf Querel der Klägerin, daß die

*) Der angezogene §. 5, Th. II. Tit. 24 der Güstrowschen Canzlei-Ordnung lautet so:

§. 5. Das Part aber, gegen welches die Zeugen geführet, soll bald nach Empfahung der Citation und Beweiß-Articul darüber Interrogatoria fertigen laßen, und sich darin aller unnötigen, gefehrlichen

Zeugin **salvis exceptionibus** zuzulassen sei und begründete diesen Bescheid vom 7. October 1858 so:

Daß der angezogene §. 5, Th. 2 Tit. 24 der Güstrowschen Canzlei-Ordnung keine von den Grundsätzen des gemeinen Rechts abweichende Bestimmung über die Unfähigkeit zum Zeugnisse aufzustellen beabsichtigt, ergiebt sich schon daraus, daß in jenem §. 5 den im Eingange wörtlich wiederholten, auf die Zulässigkeit der **interrogatoria ad articulos** bezüglichen Vorschriften der Hof- und Land-Gerichts-Ordnung, Th. II, Tit. 23, §. 4 am Schlusse einfach der wörtliche Inhalt des §. 53 des inzwischen erschienenen jüngsten Reichsabschiedes vom Jahre 1654 angehängt ist. Die Verwerflichkeit der **interrogatoria criminosa et quae turpitudinem respondentis continent** beruhet aber sichtlich darauf, daß die darin liegenden Anschuldigungen des Zeugen außerhalb des durch die Beweis-Artikel zu erbringenden Beweises selbst liegen, darin ein Versuch der Einschüchterung des Zeugen erblickt werden muß, und wenn der Product durch dieselben die Glaubwürdigkeit des Zeugen anzugreifen und schwächen zu können glaubt, ihm zur Wahrung dieses seines Interesses im ordentlichen Gange des Beweisverfahrens anderweitig hinreichende Gelegenheit geboten ist. — Ganz etwas Anderes ist es dagegen, wenn eine ehrenrührige oder gar verbrecherische Handlung den unmittelbaren Gegenstand des zu erbringenden Beweises selbst bildet. Daß in Bezug auf diesen die Mitschuldigen einer solchen Handlung zu den absolut unfähigen vom Richter **ex officio** zu verwerfenden Zeugen gehören, ist nicht vorgeschrieben und nur so viel anerkannt, daß die allgemeine Pflicht zur Zeugnißablegung hier insofern eine Beschränkung erleidet, als vermöge derselben Niemand zur Ablegung eines ihm nachtheiligen Geständnisses genöthigt werden

---

und zur Sachen und Erkündigung der Wahrheit undienlicher Fragen und Umständen gäntzlich eussern, und wan darüber Streit einfället, soll Unsere Cantzley, auch auf Anhalten, deswegen schleunige Verordnung machen, insonderheit sollen keine Interrogatoria Criminosa, & quae turpitudinem respondentis continent darunter sein, weniger die Zeugen darüber examiniret und befraget werden."

soll, und deshalb dem vorgeschlagenen Zeugen selbst die Befugniß zusteht, sein Zeugniß zu verweigern, was jetzt noch nicht zur Frage steht. In diesem Sinne ist daher auch früher bereits für die an sich begründete Zulässigkeit des Zeugen, welcher de propria turpitudine aussagen soll, von hier aus entschieden worden.*)

12.

Zur Auslegung des Rostocker Stadtrechts, Th. V. Tit. 7 Art. 10 (Lübsches Recht, Lib. V. Tit. 7. Art. 15) über die in Rathen und Thaten gewesenen Zeugen.

Das Oberappellationsgericht sprach sich über den Sinn und die Bedeutung des Art. 10 cit. des Rostocker Stadtrechts 1. im Bescheide vom 26. April 1849 (Se. $849/_{1846}$) folgender Maaßen aus: Die Bestimmung des hiesigen Stadtrechts, Th. V. Tit. VII. Art. X.: „Da jemand in einer Sache in rathen und thaten gewesen — — — — der kann in derselben Sache nicht zeugen," — bezieht sich vorzüglich auf die Mittelspersonen bei abgeschlossenen Rechtsgeschäften — Sammlung von Entscheidungen in Rostockschen Rechtsfällen, S. 55, S. 164 —. Das Gesetz schließt solche bei dem Geschäfte Betheiligte allgemein von der Zeugenschaft hinsichtlich desselben aus, nicht bloß in so fern und in so weit sie bei denselben, resp. dem Ausgange des darüber obwaltenden Rechtsstreits

---

*) Die hier berührte ältere Entscheidung ist am 24. Juni 1844 ad Ru. 352 ergangen. In diesem Fall hatte der Mann wegen Ehebruches der Frau auf Scheidung geklagt und deren Mitschuldigen als Zeugen benannt. In den Gründen heißt es: Der R. R. wird dadurch, daß er zum Theil de propria turpitudine aussagen soll, kein an sich unfähiger Zeuge. Jener Umstand berechtigt den Zeugen nur, sein Zeugniß über solche Artikel zu versagen — was hier nicht in Frage steht —; dagegen fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung, welche den Zeugen, wegen des bezeichneten Inhalts der Artikel für an sich unfähig erklärte; die nur auf die Fassung der Interrogatorien bezügliche Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes §. 53 kann nicht hierhergezogen werden.

ein rechtliches Interesse haben. Sein Grund kann daher nicht bloß in einem solchen Interesse gesucht, seine Anwendung mithin um so weniger auf solche Fälle beschränkt werden, in welchen der Zeuge von Dem, was er aussagen soll, einen Vortheil, oder die Abwendung eines rechtlichen Nachtheils von sich zu erwarten hat, oder wo er dafür interessirt ist, daß der, zu dessen Gunsten er aussagen soll, den Proceß gewinne. Vielmehr muß das Gesetz in Beihalt seiner unbeschränkten Allgemeinheit einen weiter gehenden Grund haben, und dieser ist darin zu setzen, daß den gedachten Personen der Verdacht irgend einer Parteilichkeit hinsichtlich des Geschäfts beigemessen wird, welche sie veranlassen könnte, nicht der Wahrheit gemäß auszusagen, jene Parteilichkeit mag nun auf ihrem rechtlichen Interesse bei der Sache, dem Ausgange des Rechtsstreits, oder einer andern Beziehung zu jener oder diesem beruhen.

2. Die Bescheide vom 29. November 1849 und vom 6. Juni 1850 (Pa. $328/_{1849}$) gingen von der Ansicht aus, daß die Bestimmung des hiesigen Stadtrechts Th. 5 Tit. 7 Art. 10 für die absolute Unfähigkeit zur Zeugnißablegung das Vorhandensein beider Momente, das Rathen und Thaten bedinge, und wurde daher in Bezug auf den vom Beklagten zu erbringenden Beweis eines Vergleiches ein Zeuge erst dann als inhabil verworfen, als sich herausstellte, daß derselbe dem Kläger die Vergleichsproposition des Beklagten nicht bloß mitgetheilt, sondern auch empfohlen habe. Dabei wurde es für irrelevant erklärt, ob der Zeuge vom Beklagten zu der gedachten Empfehlung beauftragt worden sei oder nicht.

In Uebereinstimmung hiemit wurde

3. in dem Bescheide vom 16. Juli 1849 (Sa. $840/_{1846}$) ein Handlungsdiener als Zeuge **salvis exceptionibus** zugelassen, weil die zur Frage stehende Thätigkeit desselben nur auf Geheiß seines Dienstherrn und ganz nach dessen Anweisung geübt, mithin keine selbständige gewesen und daher als ein Rathen und Thaten im Sinne des Art. 10 Th. 5 Tit. 7 des Rostockschen Stadtrechts nicht anzusehen sei.

13.

Editionspflicht in Bezug auf gemeinschaftliche Urkunden. Pe. 280/1854.

Die Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 5. Februar und vom 22. Mai 1846 enthalten folgende Sätze:

In der Güstrowschen Canzlei-Ordnung P. II. tit. 27 §. 2 ist das Verlangen der Edition der im Besitze des Imploraten befindlichen **Instrumenta communia** so unbeschränkt für begründet erklärt, daß es selbst dann nicht als verwerflich erscheint, wenn der Implorant sie zur Anstellung einer Klage wider Ersteren gebrauchen will. Als gemeinschaftlich sind aber auch — wie schon aus jener Canzlei-Ordnung a. a. O. **verbis**: „Die Artikel, so gemein seien," hervorgeht — solche Urkunden zu betrachten, die im Interesse Beider über ein zwischen ihnen zu Stande gekommenes Geschäft errichtet, und unter Mitwirkung Beider über ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältniß entstanden sind.

— — — — — — — — — — — —

Der Begriff der **documenta communia** setzt keineswegs die specielle Absicht voraus, die Urkunden zu einem Beweismittel beider Theile für das fragliche Geschäft zu machen, vielmehr genügt dazu, daß dieselben in dem beiderseitigen Geschäftsinteresse der Contrahenten errichtet worden sind. Deshalb können auch andere, nicht gerade für jenen Zweck geschaffene, der Zustandekunft, Ausführung, Beendigung eines Geschäftes oder Rechtsverhältnisses dienende Papiere, wie die auf die Eingehung eines Geschäftes bezügliche Correspondenz (Schuldverschreibungen, Cessionsacten, Quittungen u. dgl. m.) unter der bezeichneten Voraussetzung sehr wohl gemeinschaftliche Urkunden sein.

Die vorstehenden Sätze wurden vom Oberappellationsgericht in folgenden Fällen zur Anwendung gebracht:

1. (Te. 211/1851) In dem Termine vom 14. December 1850, welchen der Magistrat zu T. zur öffentlich meistbietenden Verpachtung des der Stadt T. gehörigen Gutes K. T. angesetzt hatte, blieb der Oeconom Bl. der Meistbietende mit

der offerirten jährlichen Pacht von 3105 Thlrn. Cour., erhielt aber dennoch nicht die Pachtung, weil er nicht sofort eine den Forderungen des Magistrats genügende Conventionalpön zu stellen vermochte. Indem er nun Einwendungen gegen diesen vom Magistrat geltend gemachten Weigerungsgrund zu haben meinte und sich namentlich auf die Behauptung stützte, daß ihm zum Protocoll vom 14. December 1850 der Zuschlag ertheilt sei, erhob er gegen den Magistrat zu T. zur Vorbereitung einer demnächst gegen denselben wegen Einräumung der Pachtung, **eventualiter** Schadenersatzes, anzustellenden Klage eine Editionsklage wegen des Licitationsprotocolls mit den Licitationsbedingungen. Nach verhandelter Sache wurde der Beklagte unter Verwerfung seiner Einreden von der Justizcanzlei zu Rostock unterm 21. October 1851 nach Maßgabe des klägerischen Gesuches verurtheilt, demselben auf dessen Kosten eine fidemirte Abschrift des am 14. December 1850 abgehaltenen, die Verpachtung des Gutes K. T. betreffenden Licitationsprotocolls und der bei der damaligen Licitation grundleglich gemachten Bedingungen binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu ertheilen, auch demselben die ihm durch diesen Rechtsstreit erwachsenen Kosten binnen gleicher Frist und bei gleicher Strafe zu erstatten.

Auf Querel des Magistrats bestätigte das Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 17. December 1851 aus folgenden Gründen:

> Das Licitationsprotocoll ist über die Verhandlungen, welche zwischen dem die Pachtung K. T. ausbietenden Magistrate und den darauf bietenden Personen gepflogen worden, in Gegenwart der Letzteren aufgenommen und zwar eben so sehr im Interesse und mit Willen derselben als des Magistrats. Das Protocoll mit den dazu gehörigen Verpachtungsbedingungen ist daher für Jeden, der seinen Bot hat niederschreiben lassen, im Verhältniß zum Magistrate, der die Pachtung zum öffentlichen Meistgebote ausgestellt, dergestalt ein **instrumentum commune**, daß ihm die Edition, wenn er ein auf das documentirte Geschäft selbst

bezügliches Interesse daran hat, nicht zu versagen steht. Solches Interesse hat Kläger dargelegt, indem er, als der Meistbietende, aus den protocollirten Verhandlungen Ansprüche auf Ueberlassung der Pachtung gegen den Magistrat zu verfolgen gedenkt. Ob es dazu wesentlich sei, daß Kläger zum Protocolle den Zuschlag erhalten, steht zur Zeit nicht zur Beurtheilung. Zur Docirung seines Interesses genügt jeden Falles, daß er der Meistbietende blieb, und aus den zu edirenden Papieren klagen will.

Diese Editionspflicht der **instrumenta communia** ist eine der Ausnahmen von der Regel, daß Niemand gegen sich selbst zu ediren habe, und werden die angeführten Grundsätze namentlich durch die Güstrowsche Canzlei-Ordnung **P. II. Tit. 27 §. 2** und die dort gegebenen Beispiele bestätigt. Daß endlich ihm, Querulanten, aufgegeben worden, dem Kläger auf dessen Kosten eine fidemirte Abschrift zu ertheilen, ist für ihn in keinem Betracht beschwerend, und nach jener Canzlei-Ordnung a. a. O. statthaft.

2. (**Ma. 548/1853.**) Der Kaufmann L. in G., welcher sein Waarenlager bei einer auswärtigen Assecuranzcompagnie gegen Feuersgefahr versichert hatte, klagte gegen deren inländischen Hauptagenten auf Erstattung eines erlittenen Brandschadens. Mit der Klage verband er folgenden Antrag: Seine Forderung gründe sich 1) auf die in Folge seines Versicherungsantrags ihm vom Beklagten **mandatario nomine** ertheilte Police nebst den dazu gehörenden (nach dem Datum genau bezeichneten) Prolongationsurkunden und Nachträgen; 2) auf seine dem Beklagten übermittelte Schadensrechnung nebst den zu deren Prüfung und Feststellung zwischen ihm und einem Specialbevollmächtigten der Versicherungsgesellschaft abgehaltenen Protocollen und den Anlagen derselben. Die **ad 1** genannten Urkunden, von denen der Beklagte Duplicate besitze, seien ihm, dem Kläger, abhanden gekommen; die **ad 2** genannten Protocolle habe der gegnerische Mandatar unter Verweigerung der erbetenen Abschriften seinen Auftraggebern eingesandt. Da nun alle diese Papiere

als **documenta communia** anzusehen seien, so werde Beklagter dieselben in der Art zu ediren haben, daß er vor Weiterem die Originale oder beglaubigte, auf Klägers Kosten zu fertigende Copien zu den Acten bringe. Der Beklagte erwiderte, **ad** 1) sei der casuelle Untergang der klägerischen Urkunden nicht bescheinigt, **ad** 2) fehle es an einem ausreichenden Editionsgrunde, auch bestehe die Editionspflicht immer nur in der Verbindlichkeit, die Urkunden vorzuzeigen und zwar an dem Orte, wo dieselben zur Zeit der Ladung des Beklagten sich befinden. Demgemäß könne Kläger höchstens verlangen, daß ihm an dem auswärtigen Orte, wo die Versicherungsgesellschaft ihren Sitz habe, die Einsicht der desiderirten Scripturen, welche sämmtlich dort seien, gewährt werde; er fordere jedenfalls zu viel, indem er begehre, daß Beklagter dieselben kommen lasse und die Originale aus der Hand gebe oder Abschriften besorge. Gleichwohl wurde der Beklagte dem Editionsantrage gemäß verurtheilt und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 13. Januar 1854 aus folgenden Motiven:

. . . . . .

Den rechtlichen Grund seines Editionsantrages findet der Kläger darin, daß alle von ihm geforderten Papiere sogenannte gemeinschaftliche Urkunden seien. Dies wird für die in der Imploration **sub** Nr. 1 aufgeführten Papiere zugestanden, gilt aber in demselben Sinne auch für die ebendaselbst **sub** Nr. 2 erwähnten Protocolle **c. adj.**, da auch diese Urkunden das unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniß betreffen, das beiderseitige Interesse berühren und überdies das Resultat unter ihnen gepflogener Verhandlungen sind, mithin nach der hier maßgebenden **aequitas** beiden Theilen zugänglich sein müssen. Diese Protocolle sind sowohl in der Imploration des Klägers, als auch in dem jetzt angefochtenen Bescheide deutlich genug bezeichnet, und von denen unterschieden, welche der Specialbevollmächtigte der Versicherungsgesellschaft sonst noch, unabhängig von der Schadensrechnung des Versicherten

und ohne Zuziehung des Klägers, zur Ermittelung des Brandschadens aufgenommen haben mag.

Rücksichtlich der sub Nr. 1 der Imploration aufgezählten Urkunden bedarf es keiner besonderen Bescheinigung darüber, daß die dem Versicherten ausgehändigten Original-Exemplare der Police und der dazu gehörenden Prolongationen und Nachträge bei Gelegenheit der Feuersbrunst verloren gegangen sind; es genügt, daß diese, nicht den Rechtsgrund des Editionsanspruches bildende, sondern nur die Geltendmachung desselben rechtfertigende Behauptung des Klägers an sich glaublich ist, auch nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, daß eine Partei aus bloßer Chicane unnütze Anträge auf eigene Kosten stellen werde.

Endlich geht auch das Petitum der Imploration keineswegs zu weit. Eine in Versicherungsverhältnissen begründete und zum Zwecke der Durchführung des Hauptprocesses aus dem Vertrage geltend gemachte Editionspflicht beschränkt sich nicht auf die außergerichtliche Gewährung der Einsicht der Urkunde, sondern begreift außerdem die Gestattung des Gebrauchs vor dem Richter der Hauptsache. Da nun Kläger nach Lage der Sache unverkennbar ein Interesse daran hat, daß der Inhalt der fraglichen Urkunden actenmäßig werde, so hat er einen wohlbegründeten Anspruch darauf, daß dieselben im Original oder in beglaubter Abschrift auf seine Kosten gerichtlich beigebracht werden. Daß Beklagter selbst die Beibringung zu den Acten besorgen soll, wird lediglich in seinem eigenen Interesse angeordnet, damit er nicht gezwungen sei, die Urkunden seinem Gegner zum Zwecke der Einreichung des Originals oder der Besorgung von Abschriften anzuvertrauen.

14.

Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte.

Ne. 123/1857.

Der Dr. U. erhob als Cessionar des wailand Licentcommissärs Bl. gegen den Kaufmann N. aus einer Schuldverschreibung des Letzteren de Johannis 1840 bei dem Stadtgerichte Grevesmühlen Klage auf Bezahlung von 300 Thlrn. N2/3 nebst 5 Procent Zinsen vom 2. September 1843 an. In der Vernehmlassung machte der Beklagte den Einwand der bereits erfolgten Tilgung der Schuld geltend, indem er sich auf einen Revers des ursprünglichen Gläubigers, d. d. 16. Januar 1843 — Anlage A. zur Vernehmlassung — berief, in welchem dieser anerkannt habe, daß die fragliche Schuld des Beklagten durch Compensation mit näher angegebenen Forderungen desselben ausgeglichen sein solle. In der Replik erklärte der Kläger, er wisse nicht, ob der fragliche Revers überall von dem Licentcommissär Bl. herrühre, jedenfalls sei diese Urkunde nicht am 16. Januar 1843, sondern erst nach dem 2. September 1843 vollzogen, als der Beklagte bereits mit der an ihn, den Kläger, geschehenen Cession bekannt gewesen sei. In der Duplik erklärte der Beklagte es für eine Unwahrheit, daß der Revers von dem Bl. erst nach dem 2. Septbr. 1843 ausgestellt sei.

Nachdem die Klage in der ersten Instanz aus einem nicht weiter interessirenden Grunde angebrachter Maßen abgewiesen war, erkannte die Justiz-Canzlei zu Schwerin in dem Urtheil vom 20. Juli 1857 die Klage als genügend fundirt an und behielt dem Beklagten den (binnen drei Wochen anzutretenden) Beweis seiner Einrede **salva reprobatione** dahin vor:

daß der wailand Licentcommissär Bl. unter dem 16. Jan. 1843 die Urkunde — Anlage A. zur Vernehmlassung — ausgestellt habe.

Auf die vom Beklagten gegen diese Beweisfassung erhobene weitere Appellationsbeschwerde reformirte das Oberappellationsgericht unterm 27. Januar 1859 dahin, daß der Beklagte den ihm vorbehaltenen Beweis seiner Einrede nur dahin zu führen habe:

daß der wailand Licentcommissär Bl. die Urkunde **de dato** den 16. Januar 1843 — Anlage **A.** zur Vernehmlassung — am 16. Januar 1843 oder in der Zeit vor dem 2. Septbr. 1843 ausgestellt habe.

In dem betreffenden Theile der Gründe heißt es:

2. Unerheblich ist die erste vom Appellanten weiter darauf gerichtete Beschwerde, daß der ihm in der **sententia a qua** auferlegte Einreden-Beweis auf die bloße, vom wailand Licentcommissär Bl. geschehene Ausstellung der fraglichen Urkunde — Anlage **A.** zur Vernehmlassung — zu beschränken gewesen sei. Zur Begründung der vorgeschützten, zum Beweise verstellten, Einrede reicht nämlich keineswegs schon die Thatsache aus, daß der wailand Bl. als Gläubiger des Beklagten mit diesem Zwecks Tilgung der jetzt vom Kläger, als Cessionar des Ersteren, libellirten Forderung den in jener Urkunde bezeichneten Vertrag überhaupt abgeschlossen, vielmehr bleibt hier gerade die fernere Thatsache wesentlich, daß dieser Vertragsabschluß schon früher, vor der an den Kläger erfolgten Cession der Forderung stattgefunden. Daneben wird aber auch der Beweis dieser wesentlichen Thatsache eben so wenig schon durch den Beweis der Aechtheit jener Urkunde **eo ipso** mit erbracht. Denn wenn gleich eine über ein Rechtsverhältniß ausgestellte Urkunde in ihren dispositiven Bestandtheilen nicht bloß dem Aussteller, sondern auch allen Dritten gegenüber vollen Beweis über den wirksamen Abschluß des darin enthaltenen Geschäfts zu erbringen vermag, so gilt dies doch hinsichtlich der darin weiter angegebenen außerhalb der eigentlichen Disposition liegenden Thatsachen, wohin namentlich die Angabe der Ausstellungszeit gehört, nicht in gleicher Weise. Vielmehr bestimmt sich die Wirksamkeit solcher Angaben nach Art eines außergerichtlichen Geständnisses oder eines Zeugnisses. Vgl. Wetzell, Civilproceß, §. 24, 1 und §. 22, nr. 7, 8, und Gerau, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XX, S. 94 ff., S. 103 ff. Und hieran ändert der Umstand auch nichts, daß im vorliegenden Falle dieser Dritte als Cessionar in gewisser Hinsicht

Rechtsnachfolger des Ausstellers ist, weil nach einmal geschehener Cession der Cedent durch seine Dispositionen das hinsichtlich der cedirten Forderung im Augenblick der Cession bestehende Rechtsverhältniß zum Nachtheil des Cessionars zu ändern nicht weiter berechtigt ist, mithin auch die Bestimmung der zeitlichen Aufeinanderfolge der auf die bezügliche Forderung einwirkenden Rechtsacte außerhalb seiner einseitigen Verfügungsgewalt liegt, und dieses zeitliche Verhältniß eben hier in Frage steht.

3. Dagegen hat der Beklagte und Appellant allerdings darin Recht, daß dieser ihm hinsichtlich der Zeitbestimmung obliegende Beweis durch den in dem Beweissatze enthaltenen Zusatz: „unter dem 16. Januar 1843" zu sehr limitirt sei. Auch wenn der wailand Bl. die fragliche Urkunde nicht gerade an diesem Tage, auf welchen das Datum der Urkunde lautet, sondern erst später, und überhaupt nur in der Zeit vor der anerkannter Maßen am 2. September 1843 geschehenen Cession der libellirten Forderung vollzogen haben sollte, würde nämlich die rechtliche Wirksamkeit der vorgeschützten Einrede ohne allen Zweifel dieselbe bleiben, so wie sich denn auch diesem entsprechend der hierauf bezügliche Streit der Parteien gerade um die Frage gedreht hat, ob von dem wailand Bl. jene Urkunde schon vor oder erst nach dem 2. September 1843 ausgestellt worden. Die erhobene erste Beschwerde, in so weit dieselbe die erwähnte Fassung des Beweissatzes ergreift, erscheint diesem nach als wohl begründet, und war demgemäß der dem Beklagten obliegende Beweis so, wie in der heutigen Urthel geschehen, festzustellen.

15.

In Ehescheidungsprocessen ist die Eidesdelation zulässig. Su. 1146/1855.

Nachdem die Justiz-Canzlei zu Güstrow den vorstehenden Satz unter Berufung auf die Praxis mittelst Decretes vom 23. April 1857 ausgesprochen hatte, erklärte sich das Ober-

appellations-Gericht in der Querel-Entscheidung vom 22. Mai 1857 in gleichem Sinne, und hob bei der Begründung Folgendes hervor:

— — Insoweit als dem Geständnisse auch im Ehescheidungsprocesse die volle regelmäßige Wirkung beizulegen ist, kann die Zulässigkeit der Eidesdelation gar nicht in Zweifel gezogen werden. Nun sind aber die der Wirksamkeit des Geständnisses anscheinlich entgegenstehenden Bestimmungen des canonischen Rechts

cap. 5. X de eo qui cogn. (4, 13).
cap. 5. X de divort. (4, 19).

im hiesigen Lande durch die Consistorial-Ordnung von 1570 wesentlich modificirt worden, indem dieselbe mehrfach das Geständniß als ausreichende Grundlage des Scheidungsurtheils anführt und sogar ein solches Urtheil **in contumaciam** fällen läßt.

Consistorialordnung, Tit. „Wann einer eine für Jungfrau ꝛc." Abs. 3 und 5; Tit. Von Ehescheiden Abs. 5.

Der Richter hat freilich — nach Absatz 4 des Titels: Von Ehescheiden — das Recht und die Pflicht, „sich wie müglich umb die Ursach des Ehebruchs von Amts wegen zu erkündigen"; vorausgesetzt jedoch, wie sich von selbst versteht, daß es in dem zu beurtheilenden Falle nicht ohnehin an aller Veranlassung fehle, eine Collusion der Parteien zu besorgen. Hiernach erscheint die in dem angefochtenen Decrete erwähnte Praxis der einheimischen Gerichte als rechtlich wohlbegründet; und es ist um so mehr an derselben festzuhalten, je größere Wichtigkeit die dadurch erreichte Beseitigung einer gemeinrechtlichen Controverse (cf. Strippelmann, die Eideszuschiebung ꝛc. S. 105 und 106) für die allgemeine Rechtsordnung hat. — —

16.

Im Ehescheidungsprocesse genügt keine bloß formelle processualische Gewißheit; jedoch sind die Folgen der contumacia in Bezug auf die Erklärung über den zugeschobenen Eid zu beachten. — Ge. $^{356}/_{1854}$.

In einem bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow anhängigen Rechtsstreite, in welchem dem auf Scheidung widerklagenden Ehemanne rechtskräftig der Beweis von fünf die Präsumtion eines von seiner Ehefrau begangenen Ehebruches begründenden Thatsachen auferlegt war, hatte die zur Erklärung über den ihr rücksichtlich dreier Punkte deferirten Eid **sub poena jurare nolentis** aufgeforderte Ehefrau während des Laufes der ihr gesetzten Frist [22] **Cancell.** die Erklärung abgegeben, daß sie die dem Gegner auferlegten Beweise als von ihm geführt angenommen haben wolle. Sie sei, da der Gegner doch nicht aufhören werde, auf Auflösung der Ehe gegen sie zu klagen, des fortwährenden Processirens müde. Als die Justiz-Canzlei in Veranlassung dieses Vortrages die Ehefrau zur mündlichen Vernehmung vorgeladen hatte, versicherte die Letztere, die fragliche Erklärung nur in dem Wunsche, endlich einmal geschieden zu werden, abgegeben zu haben und bezeichnete sämmtliche zum Beweise verstellte Thatsachen als unwahr, worauf die Justiz-Canzlei mittelst Decretes vom 21. Juni 1856 die gedachte Erklärung als im Ehescheidungsprocesse unbeachtlich zurückwies und mit dem Ausspruche, daß das bereits begonnene Beweisverfahren seinen Fortgang haben müsse, die wiederholte Auflage an die Ehefrau verband, sich **sub poena pro omni jurare nolentis** über den Schiedseid zu erklären.

Der hiegegen Vorstellung erhebende Ehemann wurde unterm 14 Juli 1856 abschlägig beschieden, da, wenn zwar — unter der Voraussetzung seiner sonstigen Unbedenklichkeit — das Geständniß in Ehescheidungsprocessen als wirksames Beweismittel nicht ausgeschlossen sei, doch ein solches Geständniß **in concreto** nicht vorliege. Denn die bloße Erklärung der Widerbeklagten in [22]: daß sie die dem Widerkläger auferlegten Beweise als geführt

annehmen wolle, enthalte ein ausdrückliches derartiges Geständniß nicht, gestatte aber auch um so weniger den Rückschluß auf Letzteres, als die Widerbeklagte — keineswegs **animo confitendi**, vielmehr lediglich aus dem Motive, die Scheidung ihrer Ehe herbeizuführen, dieselben abgegeben habe.

Auf Querel des Widerklägers bestätigte das Oberappellations-Gericht unterm 1. September 1856 den mitgetheilten Bescheid aus folgenden Gründen:

Da die Ehescheidung kein Gegenstand der Privat-Disposition ist, so kann bei dem Beweise eines behaupteten Ehebruchs die materielle Wahrheit nicht durch bloß formelle processualische Gewißheit ersetzt werden. Der Richter hat also pflichtmäßig auf solche Leitung des Beweisverfahrens Bedacht zu nehmen, wodurch eine Beeinträchtigung jenes Grundsatzes möglichst verhütet werde. Diesem rechtlichen Gesichtspunkte ist das von ihm, Querulanten, zur Beschwerde gezogene Verfahren der Justiz-Canzlei völlig entsprechend. Aus der Erklärung der Gegnerin vom 22. April 1856 war nämlich ein für die richterliche Beurtheilung genügendes Schuldbekenntniß nicht zu entnehmen. Die **ex officio** eingeleitete nähere Erforschung war daher nicht bloß zweckmäßig, sondern auch nothwendig.

Consistorial-Ordnung Tit. VIII. Art. „Von Ehescheiden," §. 4 verbis: „auch sonsten wie möglich umb die Ursach des Ehebruchs von amptswegen erkündigen."

Und nachdem sich ergeben hatte, daß jene Erklärung aus einer unrichtigen Rechtsansicht der Widerbeklagten hervorgegangen sei, jedenfalls ein wahrheitsmäßiges Geständniß nicht habe ausdrücken sollen, mußte folgerichtig zunächst eine bessere Erklärung verlangt werden, da nach bekannten Proceßregeln von wirklichem Ungehorsam der Widerbeklagten und dessen Rechtsfolgen noch nicht die Rede sein konnte.

Im Fortgange desselben Rechtsstreites gab die Ehefrau in der ihr gesetzten neuen Frist die Erklärung über den deferirten Eid nicht ab und wurde daher auf Antrag des Ehemannes **ad** [30] **Cancell.** das Präjudiz gegen sie purificirt, daß sie so

anzusehen sei, als könne und wolle sie den ihr deferirten Eid nicht leisten. Da in Folge dieses Purificationsdecretes die Thatsachen, über welche der Ehemann den Eid zugeschoben hatte, als erwiesen angenommen wurden, und sowol der unternommene Zeugenbeweis, als auch der sonstige Inhalt der Acten einzelne den Verdacht des von der Widerbeklagten begangenen Ehebruches unterstützende Momente ergab, wurde der Beweis desselben im Erkenntniß vom 26. März 1858 von der Justiz-Canzlei zu Güstrow für erbracht erklärt, die Ehe in Folge dessen geschieden und dem Widerkläger eine anderweitige Verheirathung gestattet, der Widerbeklagten dagegen verboten.

Auf Appellation der Widerbeklagten bestätigte das Oberappellationsgericht, indem es die Thatsachen, hinsichtlich deren sich die Ehefrau über den Schiedseid nicht erklärt hatte, nach Maßgabe des gegen dieselbe purificirten Präjudizes als erwiesen annahm und zur Rechtfertigung solcher Annahme in den Gründen Folgendes ausführte:

Da sie sich in Bezug auf die Erklärung über den Eid welcher ihr in Betreff der im Erkenntnisse vom 26. Januar 1856 sub 1—3 aufgeführten Thatsachen zugeschoben worden. zweifellos einer **contumacia** schuldig gemacht hat, so ist durch das Decret ad [30] **Cancell.** mit Recht gegen sie das Präjudiz purificirt worden, daß sie so anzusehen sei, als wolle und könne sie nicht schwören, und stellen sich ihre Einwendungen gegen die Beachtlichkeit dieser **poena contumaciae** im Ehescheidungsprocesse als unzutreffend dar. Die in der Mecklenburg. Praxis zweiffellos anerkannte Zulässigkeit der Eidesdelation bei Ehescheidungsstreitigkeiten hat nämlich die Anwendlichkeit aller auf dieselbe bezüglichen processualischen Grundsätze als Regel zur nothwendigen Folge. Ergiebt sich aus der dem Richter bei diesen Streitigkeiten obliegenden Pflicht nach möglichster Ermittelung der materiellen Wahrheit zwar, daß er bei denselben das an eine Eidesdelation sich anschließende Verfahren von diesem Gesichtspunkte aus zu überwachen und insbesondere eine lediglich formelle processualische Gewißheit dann zurückzuweisen hat, wenn sich herausstellt, daß dieselbe von einer Partei nur

herbeigeführt worden, um eine an sich unbegründete Ehescheidung durchzusetzen, so liegt doch ein derartiger Fall nicht vor, und dürfen die jetzt zur Frage stehenden Folgen ihrer — der Appellantin — **contumacia** keinesweges mit ihrer rein formellen Erklärung in [22] **Cancell.**, welche sie demnächst in [24] **Cancell.** selbst als der materiellen Wahrheit widersprechend bezeichnete, auf gleiche Linie gestellt werden. Wenn man den ganzen Inhalt der Acten und den aus demselben hervorgehenden dringenden Verdacht eines von ihr mit dem W. unterhaltenen ehebrecherischen Verhältnisses erwägt, läßt sich vielmehr nur annehmen, daß sie das **praejudicium jurare non valentis** gegen sich hat purificiren lassen, weil sie außer Stande gewesen ist, mit gutem Gewissen den ihr zugeschobenen Eid zu schwören.

17.

Unter welchen Voraussetzungen ist gegen den s. g. directen Gegenbeweis ein weiterer Gegenbeweis zulässig? Sa. 1012/1852.

Der Ziegler S. hatte bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin gegen den Gutsbesitzer von S. auf T. aus einem mit diesem abgeschlossenen Zieglercontracte auf Ersatz des ihm im Jahre 1848 entgangenen Verdienstes für drei Brände (im Betrage von 120 Thalern) geklagt, weil seiner Behauptung zufolge der Beklagte die neu erbauten Ziegeleigebäude vertragswidrig so spät vollendet habe, daß statt der sonst möglichen und contractlich anzufertigenden fünf Brände nur zwei Brände in dem gedachten Jahre hätten beschafft werden können.

Beim Leugnen des Beklagten wurde dem Kläger durch das Appellations-Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 27. November 1854 rechtskräftig der Beweis auferlegt:

daß die Ziegeleigebäude im Jahre 1848 erst so spät fertig geworden seien, daß er deshalb nicht mehr als zwei Brände in diesem Jahre habe beschaffen können.

Zur Rechtfertigung dieser Beweisauflage wird in der rat. 2 des Erkenntnisses bemerkt:

Für das Jahr 1848 erscheint der Schadensanspruch wegen der Einbuße des Verdienstes von drei Bränden als genügend begründet. Denn Kläger hat mit Bestimmtheit behauptet, daß er in Folge der verspäteten Vollendung der Ziegeleigebäude nicht mehr als zwei Brände habe beschaffen können. Weiterer Behauptungen bedurfte es nicht zur Darlegung des Causalzusammenhanges. Die Entgegnungen des Beklagten, daß der Grund, weshalb Kläger im Jahre 1848 nur zwei Brände fertig geschafft, darin liege, daß Kläger Alles verkehrt angefangen und daß er mit der Bereitung des Torfes und der Ziegelerde zu spät fertig geworden, stellen sich als eine Ableugnung des vom Kläger behaupteten Causalzusammenhanges dar, und können als Gegenstände des, von dem Beklagten gegen den Beweis dieses Causalzusammenhanges zu führenden, Gegenbeweises von Bedeutung werden; im ersten Verfahren lag es aber dem Kläger nicht ob, zur Aufrechterhaltung seiner Klage in eine specielle Widerlegung der fraglichen Behauptungen einzugehen. Rücksichtlich des Vorwurfes, daß er Alles verkehrt angefangen habe, gilt dies um so mehr, da derselbe vom Beklagten erst in der Duplik erhoben worden ist. Vom Letzteren ist es gar nicht bestritten, daß Kläger im Jahre 1848 nur zwei Brände gefertigt hat, und ist diesem daher der Beweis des streitigen Causalzusammenhanges dahin aufzuerlegen, daß die Ziegeleigebäude im Jahre 1848 erst so spät fertig geworden, daß er deshalb nicht mehr als zwei Brände in diesem Jahre habe beschaffen können.

Nachdem der Kläger den Beweis durch Zeugen und Sachverständige angetreten hatte, suchte der Beklagte den ihm freigelassenen Gegenbeweis durch den Nachweis zu führen, daß der Gegner mit seinem Torf und der Ausgrabung der Ziegelerde noch nicht fertig gewesen sei, als der Ziegelofen bereits vollendet gewesen. Der Kläger begehrte nun, zu einem Gegenbeweise gegen diesen Gegenbeweis zugelassen zu werden, um die Unwahrheit der Thatsachen darzuthun, deren Constatirung der

Beklagte nach dem oben Angeführten als Ziel seines Gegenbeweises verfolgte. Die Justiz-Canzlei zu Schwerin ging hierauf nicht ein, wogegen das Oberappellationsgericht auf Querel des Klägers unterm 17. December 1855 den von demselben gegen den Gegenbeweis des Beklagten angetretenen Gegenbeweis für zulässig erklärte und die Justiz-Canzlei demnach anwies, über die Durchführung dieses Gegenbeweises gleichfalls die erforderliche proceßordnungsmäßige Verfügung zu treffen.

Gründe:

Wenn auch regelmäßig gegen den von einer Proceßpartei unternommenen sogenannten directen, oder vielmehr eigentlichen Gegenbeweis kein Gegenbeweis wieder zulässig ist, so findet doch, richtiger Ansicht nach, bei dem Mangel entgegenstehender Bestimmungen des einheimischen Proceßrechts, gemeinrechtlich mit Rücksicht auf den unmittelbaren Grund dieser Regel alsdann eine Ausnahme von derselben Statt, wenn der ursprüngliche Gegenbeweis durch den Nachweis solcher Thatsachen versucht wird, deren Gegentheil im Voraus schon darzuthun der Beweisführer durch den Inhalt des ihm auferlegten Hauptbeweises keine Veranlassung hatte. Im vorliegenden Falle ist nun aber durch das in **appellatorio** ergangene rechtskräftige Erkenntniß vom 27. November v. J. ausdrücklich anerkannt worden, **rat.** 2 daselbst, daß der wegen der Einbuße des Verdienstes von drei Bränden für das Jahr 1848 erhobene Schadensanspruch durch die Behauptung, daß Kläger in Folge der verspäteten Vollendung der Ziegeleigebäude in jenem Jahre nicht mehr als zwei Brände habe beschaffen können, auch nach der Seite des darzulegenden Causalzusammenhanges hin genügend begründet sei, und folgt daraus von selbst, daß er eben deshalb auch zur Durchsetzung seiner Klage Nichts mehr, als dieses gerade zu beweisen hatte. Bildete sonach die Widerlegung der Thatsache, daß die eigentliche Ursache hievon in der zu spät erfolgten Anfertigung des Torfs und der Ziegelerde liege, keinen Bestandtheil des dem Kläger obliegenden Hauptbeweises, so schließt die von ihm verlangte Zulassung zu dem directen Gegenbeweise wider solchen

Gegenbeweis des Beklagten keine Nachholung durch den Ablauf der Beweisfrist bereits präcludirter Beweismittel in sich.

18.

Concurrenz der fiscalischen Anklage und der officiellen Untersuchung rücksichtlich des strafbaren Wuchers.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in dem unterm 29. April 1858 an das Großherzogliche Justizministerium zu Schwerin erstatteten Berichte folgender Maaßen aus:

Obwohl die strengen Strafbestimmungen des Canonischen Rechtes gegen die **usuraria pravitas** keine Anerkennung in der gemeinrechtlichen Praxis gefunden haben, so ist doch in derselben die, jenem Rechte eigenthümliche Auffassung des Wuchers als eines vom Richter — auch beim Mangel eines Anklägers — zu verfolgenden Delictes, vergl. **cap. 15 X. de usuris** (5, 19) und **Clement. un. §. 2 de usuris** (5, 5), stets maaßgebend geblieben; nur wurde in Folge der Reformation, während die Canonisten den Wucher zu den **delicta fori mixti** gezählt hatten (vgl. Richter's Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 207), in den Protestantischen Territorien rücksichtlich desselben allmälig die ausschließliche Competenz der weltlichen Gerichte anerkannt,

J. H. Böhmer, jus ecclesiast. Protest. lib. V. tit. XIX, §. 36.

und hiermit stimmt auch der practische Rechtszustand in Mecklenburg überein, obwohl die Consistorial-Ordnung, Tit. 3, öffentliche bekannte Wucherer und die wucherischen Contracte als zur Competenz des Consistoriums gehörig nennt.

Bestand die in der Reichs-Polizei-Ordnung von 1577, Tit. 17 §. 8, gedrohete Strafe zwar nur in dem Verluste des vierten Theils der Hauptsumme, so war doch auf dieselbe der Gesichtspunkt einer richterlich zu verhängenden öffentlichen Strafe anwendbar, und stimmen die Criminalisten vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus mit kaum in Betracht kommenden Ausnahmen (wie z. B. von Roßhirt, Lehrbuch des

Criminalrechts, §. 251) in der Auffassung des Wuchers als Verbrechens überein.

Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts, Th. 2 §. 449.
Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §. 436 ff.
Bauer, Lehrbuch des Criminalrechts, §. 434.
Hencke, Handbuch des Criminalrechts, Th. 3 S. 695 ff.
Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 411.
Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, §. 148.
Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts, §. 479 ff.

Die processualische Behandlung anlangend, so macht die Mecklenburgische Polizei- und Land-Ordnung von 1572 „Von wucherlichen Contracten", Abs. 5 f., den Fiskalen zur Pflicht, die von den Wucherern verwirkte Strafe einzuklagen. Hieraus folgt indeß Nichts gegen die Zulässigkeit eines officiellen Untersuchungsverfahrens, wenn man erwägt, daß sich die Competenz der Fiskale ursprünglich mit auf Criminalsachen erstreckte.

Vgl. Güstrowsche Canzlei-Ordnung, Tit. 44 §. 4, und
Landesgrundgesetzlicher Erb-Vergleich, Art. 384 sub 1.

Die Fiskale, welche amtlich darauf zu sehen haben, daß alle **maleficia** zur gerichtlichen Bestrafung gezogen werden, durften zur Anklage schreiten, wenn das competente Gericht die Sache nicht selbst in die Hand nahm. Die Prävention entschied, und auch da, wo die Gesetze dem Fiskal besondere Wachsamkeit zur Pflicht machen, ist das amtliche Einschreiten des zuständigen Gerichtes nie ausgeschlossen gewesen. Uebrigens ist wichtig, festzuhalten, daß, obwohl der Wucher zu den Criminalsachen im weiteren Sinne gehört, derselbe doch keinen Criminalproceß zur Folge hat. Schon in der Reichs-Polizei-Ordnung von 1577, Tit. 17 §. 8, ist die Competenz rücksichtlich dieses Vergehens der bürgerlichen Obrigkeit zugewiesen,

vgl. Heffter a. a. O. §. 560 not. 4, S. 470, und
Hencke a. a. O. Th. 4 §. 18 S. 158,

und unser Particularrecht hat sich in übereinstimmender Weise entwickelt.

Während die Criminalsachen im Laufe der Zeit immer mehr der Competenz der Fiscale entzogen wurden, blieb ihre Befugniß zur Klage gegen Wucherer nicht bloß in der Praxis

unbezweifelt, sondern wurde auch ausdrücklich durch die Rescripte vom 1. Juli 1765 und vom 5. Januar 1805 (v. Both's Sammlung I. S. 421 f.) bestätigt. Die Criminal-Gerichts-Ordnung, Th. II. §. 2 und §. 3 sub 5, stellt den Wucher, als eine in der Regel nur mit einer Geldstrafe belegte, gesetzwidrige Handlung, geradezu in Gegensatz mit den peinlichen Sachen, und offenbar geht das Rescript vom 21. Jan. 1839 (Raabe's Gesetzsammlung II. S. 545) von derselben Auffassung aus, wenn es die Excitation oder Zulassung der Fiscale als Ankläger in den zur Untersuchungs-Competenz der Landesgerichte stehenden wirklichen Criminalsachen reprobirt. Da übrigens auch die neuere Gesetzgebung nirgends eine Andeutung darüber enthält, daß die officielle Untersuchung des Wuchers verboten sein solle, so ist die fortdauernde Zulässigkeit einer solchen nicht zweifelhaft. Ist der Wucher nach dem Vorstehenden, insofern er nicht in das Verbrechen des Betruges übergeht, von den eigentlichen Criminalsachen zu unterscheiden, so kann derselbe in processualischer Beziehung nur als eine nicht-criminelle Strafsache behandelt werden, auf welche, bei fortdauernder Geltung der Bestimmung der Polizei- und Land-Ordnung a. a. O. Abs. 7 das in der Verordnung vom 12. Jan. 1841 §. 14 in fin. für Criminalsachen ausgesprochene Verbot des Reinigungseides nicht anzuwenden ist.

Als eine bloß polizeilich strafbare Uebertretung ist der Wucher nie angesehen worden, und würde es für solche Auffassung auch an jeglichem Anhaltspunkte in den Gesetzen fehlen, denen zufolge eine bürgerliche Strafe auf den Wucher gedrohet ist. Für den Fall, daß derselbe bei Gelegenheit einer anhängigen Criminal-Untersuchung zur Sprache kommt, — (ist) deren Erstreckung auf dies — an sich schon zur gerichtlichen Cognition stehende — Vergehen nothwendig.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

19.

Handlungsunfähigkeit der unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Vertretung derselben.

Ge. 406/1858.

In einem Falle, in welchem ein minderjähriger Haussohn sich als Beklagter auf eine gegen ihn als angeblich außereheliche Schwängerer gerichtete Defloration- und Alimentationsklage ohne Assistenz seines Vaters eingelassen hatte, erklärte das Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 24. Juli 1858 das gesammte Verfahren mit Einschluß des bereits erfolgten rechtskräftigen Condemnator-Erkenntnisses aus folgenden Gründen für nichtig:

Der Beklagte war — wie aus dem beigebrachten Geburtsscheine erhellt, und nicht bestritten worden — zur Zeit der über die Klage stattgehabten Verhandlungen, zu denen sein Vater nicht zugezogen worden, erst 19 Jahre alt, und hatte, als ihm das Erkenntniß vom 27. Juni 1857 insinuirt wurde, wo schon aus den Acten (cfr. [6] und [7]) seine Minderjährigkeit ersichtlich, eben das 20ste Lebensjahr vollendet.

Nun haben sich ungeachtet der Reception des Römischen Rechts die Grundsätze des älteren Deutschen Rechts über das dem Vater rücksichtlich seiner Kinder zustehende Mundium insofern im practischen Rechtsleben erhalten, als auch gegenwärtig noch eine väterliche Vormundschaft anerkannt,

Rudorff, Das Recht der Vormundschaft, Bd. 1, S. 182.

und dem Vater auf Grund solcher vormundschaftlichen Stellung die Befugniß zur vollständigen Vertretung des wegen seines minderjährigen Alters oder aus einem sonstigen Grunde unselbständigen Kindes eingeräumt wird.

vergl. Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 197.

Für die Mecklenburgische Praxis steht der letztere Satz durch die Anerkennung des Oberappellationsgerichts fest [1]). Werden die minderjährigen Hauskinder aber — abgesehen von den sonstigen Rechten der **patria potestas** — Altershalber als einer väterlichen Vormundschaft unterworfen angesehen, so erfordert es die Consequenz, dieselben rücksichtlich ihrer Handlungsfähigkeit ebenso zu beurtheilen, wie die unter Curatel stehenden Minderjährigen, und es ist um so unbedenklicher, diese Consequenz zur Geltung zu bringen, da sie durch die ursprüngliche Ansicht des Deutschen Rechtes unterstützt wird, welches in der hier fraglichen Beziehung zwischen den in der väterlichen Gewalt befindlichen und den sonst bevormundeten Kindern keinen Unterschied macht.

Kraut, Die Vormundschaft, Bd. 2, S. 628 ff. vergl. mit S. 4 ff. S. 614.

Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Th. 5, S. 134 ff.

Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht I. Seite 127 ff. und 498.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 315, nr. II. 3.

---

[1]) Anmerk. In der Sache Fo: 265/1844 erklärte das Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 24. Octbr. 1844 den Vater für befugt, eine Erbschaft, welche seinem bereits majorennen aber wahnsinnigen Hausſohne deferirt worden, im Namen desselben anzutreten. In den Gründen wird (abgesehen von den auf das Römische Recht bezüglichen Ausführungen) hervorgehoben, daß im jetzigen gemeinen deutschen, insbesondere auch im particulären einheimischen Rechte der Vormund den Mündel bis zur Zeit der völligen Selbständigkeit desselben vertrete, woraus bei den noch umfänglicheren Mundiumsrechten des Vaters sich für diesen um so mehr der practische Schluß ableiten lasse, daß auch er seinen filius familias bis zu dessen rechtlicher Selbständigkeit, mithin den filius familias furiosus gleichfalls, dieser sei unter oder über 25 Jahre alt, vollständig vertrete und daher auch allein für ihn eine Erbschaft erwerben könne.

Den minderjährigen Hauskindern muß demnach, gleich den unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen, die Fähigkeit abgesprochen werden, sich durch ihre Handlungen allein zu verpflichten,*) und kann folgeweise auch nicht von der Fähigkeit derselben zum selbständigen Auftreten vor Gericht die Rede sein. Das ohne Zuziehung des Vaters stattgehabte Civilverfahren ist demnach der Regel nach nichtig.

Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. 3, nr. 377.

Die Vertheidigung gegen Vermögensansprüche aus Delicten macht davon keine Ausnahme, und kann daher die Frage auf sich beruhen, ob hier Forderungen aus einem Delicte erhoben sind. Für das Mecklenburgische Recht dient das Rechtsmittelgesetz vom 20. Juli 1840, §. 54 sub 2 a zur Unterstützung. Denn wenn dasselbe Minderjährigen abweichend vom Römischen Rechte nur dann **restitutio contra rem judicatam** gewährt, wenn von ihren Vertretern etwas im Processe verabsäumt worden, also nicht bei eigener Proceßführung, so darf man annehmen, daß die Gesetzgebung von der Richtigkeit der eigenen Proceßführung ausgegangen ist.

Die Behauptung der Klägerin endlich, daß der Vater des Beklagten um den Proceß des Sohnes gewußt habe, ist irrelevant, weil dadurch die mangelnde Befähigung des Letzteren, für sich allein vor Gericht zu handeln, nicht gehoben wird, und immer die amtliche Zuziehung des Vaters zu den einzelnen Handlungen fehlt.

---

*) Anmerk. Das Oberappellationsgericht hat bereits in dem Bescheide vom 26. August 1850 (Sa. $956/_{1850}$), abgedruckt in dem Archiv für Deutsches Wechselrecht (Bd. 3 S. 400) ausgesprochen, daß minderjährige Haussöhne (wegen mangelnder allgemeiner Dispositionsfähigkeit) wechselunfähig sind.

20.

Rücksichtlich städtischer Grundstücke sind die Juden durch das Verbot des Eigenthumserwerbes auch von der Ausübung des creditorischen Gleichgebotsrechts ausgeschlossen. Ca. 1031/1857.

In dem beim Magistrate zu St. anhängigen H'schen Debitwesen war auf den 3. September 1856 ein Termin zum Ueberbot und zur Ausübung des creditorischen Gleichgebotsrechts rücksichtlich eines Hauses angesetzt, auf welches für den jüdischen Handlungsgehülfen C. 500 Thlr. Gold intabulirt waren. Vom Terminsdirigenten zum Bieten zugelassen, erhielt dieser als Meistbietender sofort den reinen Zuschlag, worauf der Termin mit dem **Concluso** geschlossen wurde, daß die nicht erschienenen Creditoren mit ihrem Gleichgebotsrechte präcludirt sein sollten. Noch an demselben Tage zeigte der erwähnte Handlungsgehülfe C. zur Registratur des Magistrats an, daß er nicht für sich, sondern für den Kaufmann S. geboten habe, welcher — miterschienen — sich zur Uebernahme der contractlichen Verpflichtungen aus dem Kaufe bereit erklärte. Der Magistrat hob hierauf **ex officio** den dem Handlungsgehülfen C. ertheilten Zuschlag auf und erklärte die von demselben versuchte Uebertragung seiner Rechte aus dem Zuschlag an den Kaufmann S. gleichfalls für nichtig. Eine von beiden Interessenten hiegegen erhobene Vorstellung wurde vom Magistrate zu St. zurückgewiesen; auch hatten die Querelen, mit welchen dieselben gegen das Inhäsivrespons des Magistrats zuerst bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow und sodann beim Oberappellationsgerichte hervorgingen, keinen Erfolg. Aus der Rechtfertigung dieser Querelen ist speciell die Berufung des Handlungsgehülfen C. auf das demnächst wieder aufgehobene Staatsgrundgesetz vom 1. October 1849 anzuführen, nach welchem die Juden zur Erwerbung städtischen Grundeigenthums berechtigt gewesen seien. Die Juden hätten während der Geltung des Staatsgrundgesetzes zu schlechter Priorität Capitalien fortgeliehen, da sie in der Möglichkeit des Eigenthumserwerbes ein eventuelles Deckungsmittel für ihre Forderungen gesehen hätten. Wer

solcher Gestalt in der fraglichen Zeit ein Pfandrecht an Grundstücken erworben, wie dies bei ihm — dem Querulanten — der Fall sei, habe ein **jus quaesitum** auf das creditorische Gleichgebotsrecht.

Die Gründe des die Querel verwerfenden Bescheides des Oberappellationsgerichts vom 9. Februar 1857 sind folgende:

Nach Römischem Rechte hat die Ausschließung des **commercium**, welches von Ulpian **fragm. tit. XIX. §. 5**, geradezu als **emendi vendendique invicem jus** bezeichnet wird, zweifellos die Ungültigkeit von Verträgen zur Folge, durch welche für Jemanden ein obligatorisches Recht auf den allgemein oder auch nur relativ ihm verbotenen Erwerb einer Sache begründet werden soll.

l. 34 D. de verborum obligationibus (45, 1).
§. 2 J. de inutilibus stipulationibus (3, 20).

Nach **l. 24 D. de pignoribus** (20, 1) ergreift das specielle Verbot des Kaufens allerdings nicht das Nehmen zum Pfande, und ein analoger Fall liegt gerade hier vor. Der §. 377 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs, dessen Anwendlichkeit auf städtische Grundstücke bei der Allgemeinheit des Ausdruckes mit Grund nicht bestritten werden kann, untersagt den Juden, liegende Gründe eigenthümlich an sich zu bringen. Nach der Fassung des Gesetzes sind sie daher einer Seits nicht an dem Erwerbe von Pfandrechten behindert, anderer Seits ist ihnen aber die Erwerbsfähigkeit in Bezug auf das Eigenthum an liegenden Gründen und damit folgeweise die Fähigkeit zum Abschlusse von Kaufcontracten über letztere entzogen. Bestätigt wird diese Consequenz durch die unterm 23. September 1817 an die drei Landesgerichte und unterm 10. November 1817 an die Stadtgerichte erlassenen Verfügungen,

vgl. v. Both, Erste Fortsetzung der neuesten Gesetzsammlung, S. 180.

denen zufolge keine einheimischen oder auswärtigen Juden bei den öffentlichen Versteigerungen von Grundstücken zum Mitbieten zugelassen werden sollen. Aus der landesherrlichen Befugniß, von dem zur Frage stehenden Verbote des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs zu dispensiren, folgt nur, daß

die Juden gültig unter der Bedingung der vom Landesherrn zu erwirkenden Dispensation Kaufcontracte über liegende Gründe abschließen können. Haben sie ohne solche Bedingung städtische Grundstücke gekauft, so fehlt es an jeglichem Grunde, durch welchen die Anwendung der, die Nichtigkeit des Contractes fordernden Rechtsregel ausgeschlossen werden könnte, indem es weder statthaft ist, ohne den Willen der Contrahenten die Bedingung der landesherrlichen Dispensation zu subintelligiren, noch gebilligt werden kann, den in Wirklichkeit von dem Juden auf eigenen Namen eingegangenen Vertrag juristisch mittelst Conversion als einen solchen zu behandeln, welcher für einen nicht sofort genannten Christen abgeschlossen wäre. Von selbst widerlegt sich ferner ihre, der Querulanten, Ansicht, daß jedem Juden, welcher während der Geltung des Staatsgrundgesetzes ein Pfandrecht an städtischen Grundstücken erworben habe, ein **jus quaesitum** auf Ausübung des Gleichgebotsrechtes für den möglichen Fall des Concurses seines Schuldners zustehe, da das Gleichgebotsrecht nur in einer unmittelbar vom Gesetze gewährten und daher auch der Aufhebung durch das Gesetz unterliegenden Befugniß besteht.

Hinsichtlich ihrer Einwendungen gegen die formelle Statthaftigkeit der angefochtenen Verfügungen des dortigen Magistrates bedarf es lediglich einer Verweisung auf die zutreffenden Ausführungen des Bescheides der Justiz-Canzlei zu Güstrow.*)

---

*) In den hier in Bezug genommenen Ausführungen der Justiz-Canzlei zu Güstrow wird zunächst hervorgehoben, daß dem Handlungsgehülfen C. im Termine vom 23. September 1856 der Zuschlag ohne Verhandlung und selbst ohne Antrag des Vertreters der H'schen Creditoren ertheilt und derselbe daher einer Abänderung auf erhobene Vorstellung — mit Ausschluß eines ordentlichen Rechtsmittels — unterstellt gewesen sei. Der Zuschlag habe aber auch ex officio zurückgenommen werden dürfen da die Versilberung der Debitmasse dem administrativen Theile des Concursprocesses angehöre und daher dem Concursgerichte die Berechtigung zustehe, rücksichtlich des Verkaufes eines zur Masse gehörigen Grundstückes, falls es in seinem bezüglichen Verfahren eine Ungesetzlichkeit erkenne, die weiteren Folgen einer solchen rechtzeitig durch Umleitung des Verfahrens in den gesetzlichen — den Verkauf sichernden — Weg abzuwenden.

21.

1. Verhältniß der Majoritätsbeschlüsse einer Corporation zu den den einzelnen Mitgliedern am Corporationsvermögen zustehenden Nutzungsrechten.
2. Die Verordnung vom 2. Februar 1793 sub XIV. ist auf Processe einzelner Mitglieder gegen die Corporation nicht anwendlich. Si. $909/_{1348}$.

Nach der von dem Stadtgerichte zu Teterow bezeugten Ortskundigkeit besteht daselbst seit unvordenklicher Zeit die s. g. Halbpflegergenossenschaft als eine Corporation, welcher das Eigenthum mehrerer auf der Stadtfeldmark belegenen Wiesenflächen gehört. Die Benutzung dieser Wiesen geschah früher in der Weise, daß das Heugras von den Mitgliedern der Corporation gemeinschaftlich geworben und sodann unter dieselben nach Eintheilung in gleiche Haufen verlooſt wurde. Nachdem in den Jahren 1823 und 1826 die meisten Wiesen durch die für alle Zukunft erfolgte Ueberweisung bestimmter Kaveln an die einzelnen Mitglieder rücksichtlich der Nutzungsantheile dieser Letzteren separirt waren, wurde in der Fastnachtsversammlung des Jahres 1847 beschlossen, daß die bis dahin noch mittelst alljährlicher Verloosung des Heugrases benutzte s. g. Galgenbergswiese gleichfalls in feste Kaveln eingetheilt und jedem Theilhaber zwei Kaveln (je eine von besserem und die andere von schlechterem Boden) durch das Loos überwiesen werden sollten. Noch vor der Ausführung wurde dieser Beschluß in der außerordentlichen Versammlung vom 19. November 1847 dahin abgeändert, daß jeder Theilhaber nur eine Kavel erhalten und demgemäß der Zahl der vollen Halbpflegerantheile entsprechend 21 volle Kaveln gemacht werden sollten. Sechs speciell bezeichneten Kaveln sollte wegen ihrer schlechteren Bonität eine Vergrößerung resp. von etwa 6, 4, 2 und 1 Quadratruthe beigelegt werden. Daneben wurde ausdrücklich die Fortdauer des Corporationseigenthums an der Wiese anerkannt und Näheres über die auch für die Zukunft festgehaltene Unterordnung der einzelnen Mitglieder unter die durch den Altermann zu leitende Communionswirthschaft (in Betreff der Bestimmung

der Zeit des Mähens, der Berieselung, des Anpflanzens und Beschneidens der Hecken u. s. w.) beschlossen, sowie endlich ausgemacht, daß nach der Vermessung und Feststellung der einzelnen Kaveln alle Mitglieder sich an Ort und Stelle einfinden und daselbst nach sofortiger Erledigung der von denselben etwa noch zu machenden Erinnerungen die Verloosung nach dem Alter der Mitgliedschaft geschehen solle. Die mit diesem neuern Beschlusse und der demnächst erfolgten Ausführung desselben unzufriedene verehelichte S. erhob als Inhaberin eines vollen Halbpflegerantheils unterm 20. Januar 1848 gegen die Halbpflegergenossenschaft bei dem Stadtgericht zu Teterow Klage, indem sie geltend machte, daß sie an der Versammlung vom 19. November 1847 nicht Theil genommen und sofort nach erlangter Kenntniß von dem dort gefaßten Beschlusse gegen denselben protestirt habe. Der frühere in der Fastnachtsversammlung 1847 mit allseitiger Zustimmung gefaßte Beschluß über die Theilung der Wiese in je zwei Kaveln für jeden einzelnen Theilnehmer habe **Jura quaesita** begründet, welche den Berechtigten nicht ohne ihre Einwilligung entzogen werden dürften. Ueberdies sei die Einladung zu der Versammlung vom 19. November 1847 nicht **tempestive**, nämlich erst einige Stunden vor derselben und zwar mündlich — ohne Angabe des Berathungsgegenstandes — an sie ergangen, während die Observanz verlange, daß die Ladung schriftlich mit der fraglichen Angabe erfolge. **Eventualiter** sei sie durch die Theilung in so fern bedeutend verletzt, als der Werth der ihr zugewiesenen Kavel bedeutend geringer sei, als derjenige der übrigen Kaveln. Das **Petitum** geht dahin, zu erkennen, daß die fragliche Theilung der Galgenbergswiese aufzuheben und die altherkömmliche Benutzungsart der Wiese bis dahin fortzusetzen sei, daß entweder die Fastnachtsvereinbarung **de anno** 1847 zur Ausführung gebracht, oder ein anderer gültiger Beschluß über die Theilung gefaßt werde. Auch wird um Ersatz des der Klägerin durch die widerrechtliche Theilung entstehenden Schadens und um Erstattung der Proceßkosten gebeten.

Die beklagte Genoſſenſchaft geſtand in der Exceptionsſchrift zu, was von der Klägerin in Bezug auf ihre Abweſenheit von der Verſammlung vom 19. November 1847 und über die Form ihrer Einladung zu derſelben behauptet worden, beſtritt aber die Exiſtenz einer Obſervanz über die Form der Ladungen und ſuchte weiter auszuführen, daß die Corporation bei dem angefochtenen Beſchluß ihre Competenz nicht überſchritten habe. Es ward die Behauptung hinzugefügt, daß der Ehemann der Beklagten, welcher ſie in allen Halbpflegerverſammlungen vertreten habe, bei der Verlooſung gegenwärtig geweſen, die ſeiner Ehefrau zugefallene Kavel ohne Proteſt in Beſitz genommen und damit die ganze Theilung genehmigt habe, worauf die Klägerin in der Replik erwidert, ihr Ehemann habe ausdrücklich gegen den fraglichen Theilungsbeſchluß proteſtirt. Daß derſelbe ſie in den gewöhnlichen Verſammlungen der Halbpfleger vertreten habe, möge wahr ſein; ſie habe ihm aber nicht das Mandat zum Abſtimmen in allen — auch außerordentlichen — Fällen ertheilt.

Die beiden erſten Erkenntniſſe des Stadtgerichts zu Teterow und der Juſtiz-Canzlei zu Güſtrow wieſen die übrigen Anfechtungsgründe der Theilung zurück und ließen die Klägerin nur zum Beweiſe der Thatſache:

daß die Halbpfleger nach feſtſtehender Obſervanz unter ſchriftlicher Angabe der Verhandlungsgegenſtände zu den Verſammlungen ſtets angeſagt worden.

Auf Appellation der Klägerin beſtätigte das Oberappellationsgericht unterm 2. April 1857 dieſe Entſcheidung aus folgenden Gründen:

1. — Daß der Halbpflegergenoſſenſchaft die Bedeutung einer juriſtiſchen Perſon zukommt, iſt nach dem Zeugniſſe des Stadtgerichts zu Teterow in den Gründen des Beſcheides vom 7. Mai 1852 [46] **prim. instant.** als feſtſtehend zu betrachten, und bedarf es in Beihalt der rechtskräftigen Entſcheidung über die Bedingungen für die proceſſualiſche Legitimation des Aelteſten um ſo weniger einer neuen Erörterung hierüber, da die Klägerin dieſe früher von ihr ſelbſt geltend gemachte Auffaſſung in

der gegenwärtigen Instanz, trotz der Hinweisung auf die Möglichkeit des Gegentheils als die richtigere anerkannt hat. Wenn nun die beklagte Genossenschaft von alter Zeit her Grundstücke auf der Feldmark der Stadt Teterow gehabt hat, und die einzelnen Mitglieder sich in die Nutzungen, und zwar früher alljährlich durch Verloosung, getheilt haben, so kann einerseits nicht daran gezweifelt werden, daß das Eigenthum der Grundstücke der Gesammtheit der Halbpflegergenossen als juristischer Person gehört, andererseits führt die rein privatrechtliche Stellung der, mit ihrem Eigenthume nur dem vermögensrechtlichen Interesse der einzelnen Mitglieder dienenden und insbesondere von der städtischen Commüne völlig geschiedenen, Halbpflegergenossenschaft mit Nothwendigkeit zur Anwendung des ausschließlich privatrechtlichen Gesichtspunktes auf die Nutzungsantheile des Einzelnen, und sind dieselben daher — zumal bei ihrer in der Anlage B. ad [9] prim. inst. S. 13 anerkannten Veräußerlichkeit — als **jura quaesita** der Betheiligten zu behandeln.

2. — Nach Maßgabe des so eben hervorgehobenen Gesichtspunktes steht es der Gesammtheit nicht zu, durch irgendwelche Beschlüsse die Nutzungsrechte der einzelnen Mitglieder aufzuheben oder zu schmälern.

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 372.
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band 2, S. 350 f.
Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 51, not. 4.
Renaud, in der Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 9, S. 95 ff. besonders S. 99.
Römer, ebendaselbst, Bd. 13, S. 117.

Es enthält aber nicht schon jede Abänderung der herkömmlichen Theilungsart eine Beeinträchtigung der wohlerworbenen Rechte der Einzelnen. Da der Erwerb der Nutzungsantheile durch den Eintritt in die Genossenschaft bedingt wird, die Theilhaber sich folglich in Bezug auf ihre gemeinschaftlichen Rechte nicht als Privatpersonen, sondern als Mitglieder einer Corporation gegenüberstehen, so findet hier eine Anwendung der über die **communio** von Privatpersonen geltenden Grund-

sätze, deren practischer Ausgangspunkt in dem klagbaren Rechte auf Auflösung der **communio** besteht, nicht Statt, und erscheint es vielmehr als eine Aufgabe der Corporation, über die Verwaltung ihres Eigenthums dergestalt zu verfügen, daß den einzelnen Mitgliedern die private Nutzung des ihnen zukommenden Antheils an den Früchten der Grundstücke möglich wird. Die observanzmäßigen Normen über die Art der fraglichen Auseinandersetzung haben daher ihre Basis in dem Willen der Corporation als solcher, und unterliegen der Abänderung durch eben diesen Willen, in so weit dabei nicht eine Beeinträchtigung der Nutzungsrechte der einzelnen Mitglieder eintritt. Auch darf es, ungeachtet der sonst auf diesem Gebiete herrschenden vielfachen Controversen, als feststehend betrachtet werden, daß, abgesehen von etwanigen besonderen Vorschriften über die Verfassung einer **universitas**, deren Wille bei bloßen Verwaltungsacten durch den Beschluß der Majorität repräsentirt wird.

3. — Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist festzuhalten, daß die Klägerin den Beschluß der Halbpflegergenossenschaft vom 5. Februar 1847 — Anlage **A ad** [5] **prim. inst.** — als gültig anerkennt. Sie ist damit einverstanden, daß, statt der früheren alljährlichen Verloosung, nach vorgängiger Vermessung und Eintheilung eine einmalige Verloosung vorgenommen, und nach deren Resultate jedem Einzelnen für die Zukunft zwei bestimmte Kaveln zugewiesen werden. Wenn dieser Beschluß in der Versammlung vom 19. November 1847 dahin verändert wurde, daß bei der projectirten einmaligen festen Verloosung für jeden vollen Antheil e i n e Kavel statt der — der früheren Observanz entsprechenden — zwei Kaveln gemacht, und denjenigen Mitgliedern, welche eine von den sechs Kaveln schlechterer Bonität erhalten möchten, bestimmte Entschädigungen durch Vergrößerung des Flächenraumes gewährt werden sollten, so bewegte sich die Corporation bei dieser Abänderung der früher beschlossenen Theilungsart zweifellos in den Grenzen der ihr zustehenden Verwaltungs-Competenz, zumal da gerade der Cultur und des

besseren Ertrages wegen die Theilung nach bestimmten Regionen beschlossen wurde. Da nun die Klägerin geständlich zu der Versammlung vom 19. November 1847 geladen worden so ist, unter der Voraussetzung, daß die Ladung ordnungsmäßig geschehen ist, an den dort gefaßten Beschluß gebunden, welcher keine, ihr Nutzungsrecht irgend beeinträchtigende Bestimmung enthielt. Man wollte keine ungleichen Theile, bestimmte deshalb, wie viel die der Qualität nach schlechteren Kaveln größer, als die besseren, werden sollten, und wählte zur Abschneidung jeder Parteilichkeit das durchaus angemessene Theilungsmittel des Looses. Hielt die Klägerin die Abtheilung der einzelnen Loose nicht für richtig, so hätte ihr Ehemann, welcher für sie früher regelmäßig bei den Verhandlungen der Halbpflegergenossenschaft aufgetreten war, und daher unbedenklich auch in der zur Frage stehenden Sache als ihr durch die früheren Vorgänge ausreichend legitimirter Vertreter behandelt werden darf, mindestens bei der Verloosung, bei welcher er gegenwärtig war, angeben müssen, daß und wieviel den schlechteren Kaveln nach seiner Meinung zur Ausgleichung beizulegen sei. Wenn er statt dessen lediglich gegen die von dem früheren Beschlusse abweichende Theilungsart protestirte, so unternahm er etwas ihm nicht Zustehendes, und hatte dieser rechtlich unstatthafte Protest überall nicht Anspruch auf Beachtung. Nachdem die Verloosung geschehen ist, sind die Einwendungen der Klägerin gegen die Ausreichlichkeit des ihr zugefallenen Theiles verspätet, falls nicht eine der in der

l. 3 C. communia utriusque judicii (3, 38).

hervorgehobenen Voraussetzungen für die Anfechtung einer außergerichtlichen Theilung nachgewiesen wird. Allein eben so wenig, wie die Klägerin einen **dolus** oder thatsächlichen Irrthum geltend gemacht hat, sind von ihr irgendwelche Thatsachen dargelegt worden, aus denen eine **perperam facta divisio** gefolgert werden könnte. Die allgemeine Berufung auf den zu geringen Nutzungswerth des ihr zugefallenen Looses ist um so weniger beachtlich, da sie selbst nicht behauptet, daß bei der Ausführung der Theilung die Basis des am 19. November 1847

gefaßten Beschlusses verlassen worden sei, jener Beschluß aber bereits im Wesentlichen die Größe der den Kaveln von geringerer Bonität zur Ausgleichung zu gewährenden Vergrößerung festsetzt. Denn bei der hervorgehobenen Sachlage erstreckt sich die bindende Kraft des Beschlusses auch auf die Ausführung der Theilung, welche, zumal bei der erfolgten Anwendung des Looses, nicht schon wegen jeder sich hinterdrein ergebenden Ungleichheit des Resultates als **perperam facta** angefochten werden darf.

4 — Nach allem Vorstehenden kann es sich hinsichtlich der Beschwerden der Klägerin nur noch um die Frage handeln, ob der Beschluß vom 19. November 1847 als rechtsverbindlich für die Klägerin anzusehen ist, in so fern sie nicht den in den beiden vorigen Erkenntnissen festgestellten Beweis erbringt. Ueberwiegende Gründe sprechen für die Bejahung. Wenn nämlich keine bestimmte Observanz über die Form der Einladungen zu den Versammlungen der Halbpflegergenossenschaft besteht, so kann die Klägerin weder daraus, daß sie zu der Versammlung vom 19. November mündlich angesagt worden, noch auch daraus, daß ihr nicht im Voraus die Gegenstände der Verhandlung angegeben worden, einen Grund zur Anfechtung der gefaßten Beschlüsse entnehmen, da unter der hervorgehobenen Voraussetzung das Ermessen des Aeltesten in beiden Beziehungen nicht durch eine positive Vorschrift beschränkt war und folgeweise mit Grund die stillschweigende Unterwerfung unter die zu fassenden Beschlüsse rücksichtlich derjenigen Mitglieder angenommen werden durfte, welche die Ladung erhalten hatten, in der Versammlung aber ohne Abkündigung ausblieben.

Während der Verhandlungen des vorstehenden Rechtsstreites entstand ein Incidentstreit darüber, ob die Klägerin verlangen könne, daß der Sachwalt der beklagten Corporation seine Legitimation nach Maßgabe der Verordnung vom 2. Febr. 1792 **sub XIV** nachweise. Im Widerspruch mit den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen verneinte das Oberappellationsgericht diese Frage in dem Bescheide vom 15. November 1852, indem es ausführte:

— — — — — — — — —

Die vorigen Erkenntniſſe haben bei der Entſcheidung des entſtandenen Incidentſtreites die in der Verordnung vom 2. Februar 1792 **sub nr. XIV** enthaltene Vorſchrift grundleglich gemacht. Dieſelbe unterliegt aber — da ſie zur Ausſtellung eines Syndicats-Inſtruments mehr verlangt, als nach der richtigen Meinung zur Zuſtandekunft ſonſtiger Beſchlüſſe einer **universitas inordinata** gehört, der reſtrictiven Interpretation, und es kann nicht die Abſicht geweſen ſein, ihr auch die Fälle zu unterwerfen, wo einzelne Mitglieder der Genoſſenſchaft gegen dieſelbe auftreten. Denn einer Seits würde es ſonſt die Minorität zu ihrem Vortheil und um ihres privativen Intereſſes wegen dahin bringen können, daß die Majorität das Corpus unvertheidigt laſſen müßte. Anderer Seits bedurfte es in ſolchem Falle der vorgeſchriebenen richterlichen Controle nicht, weil jedes Mitglied das ordnungsmäßige Verfahren bei der Beſchlußnahme überwachen und die Aufhebung eines ordnungswidrig gefaßten oder als gefaßt angenommenen Beſchluſſes bei der vorgeſetzten Behörde bewirken kann. Dieſe inneren Gründe machen die Ausbeſcheidung von Fällen der gedachten Art nothwendig, und es deutet die Verordnung Solches ſelbſt an, indem ſie die Fälle, wo mehrere Mitglieder einer Commüne gegen andere Mitglieder Beſchwerden vortragen, von der Beſtimmung ausdrücklich ausſchließt.

Muß man daher im vorliegenden Falle von jener Vorſchrift abſehen, ſo kann nur verlangt werden, daß der Sachwalt, unter Beibringung der entſprechenden Vollmacht, den in der Verſammlung der Genoſſenſchaft gefaßten, ihn zur Führung des Rechtsſtreits legitimirenden Beſchluß nachweiſt. — — — —

22.

Ueber die Voraussetzungen, unter welchen sich die Wirksamkeit der exceptio rei judicatae und der exceptio litis pendentis auf den Singularsuccessor erstreckt. Be. 855/1857.

Im Erkenntniß vom 17. Januar 1859 erklärte das Oberappellationsgericht es trotz der anscheinend beschränkteren Aussprüche der l. 28, l. 9 §. 2, l. 11 §. 3, l. 29 §. 1 **de except. rei judic.** (44, 2), l. 3 §. 1 **de pignor.** (20, 1) auf Grund der ihrer äußeren Fassung nach weiter gehenden Entscheidungen der l. 11 §. 9, 10 **de except. rei judic.** (44, 2) für richtig, daß die Wirksamkeit eines gegen den Auctor ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisses auf den Singularsuccessor sich nicht bloß dann erstreckt, wenn die Veräußerungen an diesen erst nach erfolgter Entscheidung, sondern auch schon dann, wenn sie während des früheren Processes nach erfolgter Litiscontestation stattgefunden hat, unter dieser Voraussetzung also dem von dem Rechtsvorgänger bereits Belangten die der **exceptio rei judicatae** parallel gehende **exceptio litis pendentis** gegen denjenigen Rechtsnachfolger mit Erfolg zusteht, welcher statt den obschwebenden Proceß aufzunehmen oder demselben beizutreten, vor dessen Erledigung eine neue Klage über denselben Gegenstand wider ihn anstellen will.

B. Sachenrecht.

23.

Geltung des Art. 16 Thl. III. Tit. 12 des Rostocker Stadtrechts in der Vorstadt. Oe. 104/1858.

Das Oberappellationsgericht erkannte die Klage, mittelst deren der Eigenthümer eines in der Rostocker Steinthorvorstadt belegenen Hauses auf Grund des Stadtrechtes Art. 16 Thl. III. Tit. 12 die Wegnahme einer auf dem angrenzenden Grundstücke errichteten Schmiede von dem Nachbaren gefordert hatte, als begründet an, und bestätigte demgemäß die in den beiden ersten Instanzen von den städtischen Gerichten ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten zur Wegnahme der Schmiede mittelst Bescheides vom 17. Januar 1859 aus folgenden

Gründen:

Da das Rostocker Stadtrecht nach der Publicationsverordnung vom 19. December 1757 (vergl. auch §. 47 des Erbvergleiches vom 13. Mai 1788) in der Stadt, und so weit sich derselben Gebiet erstrecket, in allen und jeden Vorfällen von Bürgern und Einwohnern, auch sonst jedermänniglich genau beobachtet werden soll, und aus der Fassung des Art. 16 Thl. III. Tit. 12 nicht erkennbar wird, daß gerade dieser Artikel ausnahmsweise nur für die von der Ringmauer umfaßte Stadt selbst als gesetzliche Norm hat hingestellt werden sollen, so muß derselbe in dem ganzen Umfange des städtischen Gebietes zur Anwendung gebracht werden, wo sich in den factischen Verhältnissen ein entsprechendes Object findet; wie das Oberappellationsgericht auch bereits früher die Anwendlichkeit des im Art. 17 Thl. III. Tit. 12 sanctionirten Fensterrechts auf Warnemünde anerkannt, und nicht minder das Oberappellationsgericht zu Lübeck ausgesprochen hat, daß die Vorschrift des Art. 12 Lib. III. Tit. 12 des Lübischen Rechtes, welcher wörtlich als Art. 16 in das Rostocker Stadtrecht aufgenommen ist, sich nicht auf Gebäude in der Stadt beschränke, sondern auch

auf Gebäude und Anlagen vor den Thoren sich erstrecke, da das Statut nach der an die Spitze desselben gestellten Vorschrift so weit gelte, „als der Stadt Weichbildt, Feldmark und Landwehr reiche.“

Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck. Bd. 1 S. 108.

Daß in Bezug auf den Art. 16 cit. des Rostocker Stadtrechts ein abweichendes Resultat nicht aus den beiläufigen und unbestimmten Aeußerungen der städtischen Verordnungen vom 18. September 1837 und vom 14. December 1855 abgeleitet werden kann, ist ohne weitere Ausführung von selbst klar. — In Gemäßheit des Vorstehenden handelt es sich bei der Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreites nach dem Art. 16 cit. nicht um die analoge Anwendung einer ursprünglich für einen beschränkteren localen Kreis erlassenen gesetzlichen Bestimmung, sondern steht vielmehr lediglich zur Frage, ob die einschlagenden factischen Verhältnisse als ein mögliches Object der unmittelbaren Anwendung des gleichfalls für die Steinthorvorstadt als Gesetz normirenden Art. 16 anzusehen sind. Die Bejahung dieser Frage unterliegt keinem gegründeten Bedenken, wenn man erwägt, daß das aus einem Wohnhause und Garten bestehende Grundstück des Klägers unmittelbar an sein, des Beklagten, Grundstück grenzt, es aber für die Anwendlichkeit des dem Nachbaren zustehenden Widerspruchsrechtes gleichgültig ist, ob ein Wohnhaus oder der dazu gehörige Hof- oder Gartenplatz zunächst an die Grenze stößt; vergl. die städtische Verordnung vom 7. September 1840 §. 18. Auch kommt nichts auf das größere oder geringere Maaß der für den Nachbaren aus dem unleidlichen Gewerbe entstehenden Belästigung an, da die absolute Fassung des Art. 16 deutlich zeigt, daß in Bezug auf die Anwendung des daselbst ausgesprochenen gesetzlichen Verbotes einem beschränkenden Ermessen des Richters überall kein Spielraum hat eingeräumt werden sollen.

Seine, des Beklagten, Berufung auf den Art. 17 in fin. Thl. III. Tit. 12 ist schon deshalb unhaltbar, weil kein dem Gesetze entsprechender Ausspruch der Kämmerei oder des Rathes

vorliegt, der Letztere die in Frage stehende Schmiede vielmehr nur vom Standpunkte der Feuerpolizei interimistisch gestattet, und ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß seine Concession keine Disposition über etwanige Privatrechte enthalte.

24.

1. **Die Servituten an einem Privatsee werden nicht dadurch aufgehoben, daß sich zwischen demselben und dem unmittelbar angrenzenden** praedium dominans **durch Zurücktreten des Wassers ein Vorland bildet.**
2. **Die Servituten sind sowohl rücksichtlich des Ausschlusses der ordentlichen Ersitzung als auch hinsichtlich der Statthaftigkeit der außerordentlichen Ersitzung nach der Analogie des Eigenthums zu beurtheilen.**
3. **Die gemeinrechtlichen Klagen des Fiscus verjähren in 30 Jahren.** Du. 281/1855.

Der Dr. V. zu S. erhob als Procurator der obersten Verwaltungsbehörde des Großherzoglichen Haushaltes unterm 25. Mai 1853 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow die actio negatoria gegen den Gutsbesitzer D. auf F. auf Grund folgender Thatsachen: Zu der Domäne des Großherzoglichen Haushaltes W. gehöre der s. g. W.'er Binnensee und das Vorland, welches durch die Senkung des Wasserspiegels an der Seite frei geworden sei, mit welchem der See früher unmittelbar an das Gut F. gegrenzt habe. Das Landesherrliche Eigenthum an dem W.'er See und dem fraglichen Vorlande stehe unbestritten fest, wie auch die Grenze zwischen demselben und dem Gute F. im Jahre 1844 fest bestimmt sei. Dessenungeachtet erlaube sich der Gutsbesitzer D. rechtswidrige Eingriffe, indem er eine Reihe von Servituten, nämlich die Triftgerechtigkeit über das Vorland, die Weidegerechtigkeit auf demselben, das Recht der Viehtränke, der Schaaf- und Zeugwäsche im W.'er Binnensee, und das Recht, am Ufer dieses Sees einen Kahn zu halten, zu be-

festigen und mit demselben über den See zu fahren, auszuüben versuche. Das Gesuch geht dahin, alle diese Servitutrechte für unbegründet zu erklären und dem Beklagten die versuchte Ausübung derselben bei 100 Thlr. Strafe zu verbieten.

Der Beklagte räumte zwar im Uebrigen das Fundament der Klage ein, behauptete aber, daß ihm sämmtliche zur Frage stehende Servituten sowohl in Folge unvordenklichen Besitzes, als auch in Folge der in allen ihren Voraussetzungen erfüllten Servitutenersitzung zuständen. Das Seeufer habe bis zum Jahre 1849 die Grenze zwischen seinem Gute F. und dem zu W. gehörigen See gebildet, ohne daß bis dahin Vorland existirt habe. Erst die im Jahre 1849 vorgenommene Senkung des Sees habe das Fallen des Wassers um 5 Fuß bewirkt. An dem dadurch entstandenen Vorlande ständen ihm dieselben Rechte zu, wie an dem dort früher vorhanden gewesenen Seegebiete selbst. Daß er zum Zweck der Viehtränke, der Schaaf- und Zeugwäsche, sowie der Kahnfahrt gegenwärtig das zwischen dem See und seinem Gutsterritorio liegende Vorland als Durchgangsgebiet benutzen müsse, könne ihm daher nichts schaden, zumal da der Eigenthümer des **praedium serviens** dem Eigenthümer des **praedium dominans** nach **l. 15 de servit. praed. rust.** (8, 3), **l. 11 §. 1 comm. praed.** (8, 4) und **l. 4 §. 5 si servit. vindic.** (8, 5) alles gestatten müsse, was zur Ausübung der Servitut erforderlich sei.

Nachdem der Kläger in der Replik neben der früheren Existenz der Servituten die rechtliche Möglichkeit ihrer Fortdauer nach der Seesenkung bestritten und der Beklagte sodann noch duplicirt hatte, erkannte die Justiz-Canzlei zu Güstrow mittelst Urtheils vom 25. October 1855 unter Aussetzung des Kostenpunktes dahin, daß

I. (bezieht sich auf einen Punkt ohne allgemeineres Interesse).

II. dem Beklagten das Recht zur Viehtränke, Schaaf- und Zeugwäsche im W'schen See, imgleichen das Recht, am Ufer dieses Sees einen Kahn zu halten, zu befestigen und damit über den See zu fahren, abzuerkennen und demgemäß demselben

die fernere Ausübung dieser angemaßten Gerechtsame bei Strafe von 100 Thalern für jeden Contraventionsfall unbedingt, nicht minder auch

III. die weitere Ausübung der von demselben beanspruchten Trift- und Weidegerechtigkeit auf dem Vorlande des W'schen Sees bei gleicher Strafe für jeden Contraventionsfall zu untersagen sei, er wollte und könnte denn rücksichtlich dieser letztgenannten beiden Gerechtsame binnen drei Wochen, **reprobatione salva**, rechtlicher Art nach erweisen:

daß und in welcher Art, namentlich zu welchen Zeiten und wie oft und an welchen Stellen des zu W. gehörenden Vorlandes, **resp.** wie weit in den See hinein Seitens des Guts F.

a. das Vieh Zwecks Gelangung von einem Weideschlage zum andern über das jetzige Vorland in und **resp.** durch den See getrieben, und

b. das gegenwärtige Vorland des gedachten Sees **resp.** die im See selbst längs desselben gewachsenen Pflanzen, zur Weide für das Vieh benutzt worden seien;

entweder während der letzten 30 Jahre vor der im Jahre 1849 erfolgten Seesenkung,

oder seit unvordenklicher Zeit vor dem beregten Zeitpunkte. —

Aus den Gründen dieser Entscheidung ist das Nachstehende hervorzuheben:

5. — Daß — — sämmtliche vorerwähnte Servituten dem Beklagten in dem Umfange, wie er solche bis zum Jahre 1849 hin wirklich ausgeübt, durch Ersitzung oder Immemorialverjährung erworben sein konnten, ist zwar einerseits nicht zu bezweifeln. Andererseits ergiebt sich aber auch ohne Weiteres, daß, soviel das Recht zur Viehtränke, Schaaf- und Zeug-Wäsche im W.schen See betrifft, diese Gerechtsame, wenn sie früherhin dem Gute F. wirklich erworben gewesen sein sollten, in Folge der im Jahre 1849 Statt gehabten Seesenkung für den Beklagten wieder verloren gegangen sind. Zunächst ist nämlich so viel gewiß, daß, da nach dem eignen Vorbringen des Beklagten in Folge der Seesenkung im Jahre 1849 das

Wasser im See um 5 Fuß gefallen sein soll, die Ausübung dieser Servituten an denjenigen Stellen, wo sie vor dem Jahre 1849 geschehen, zur physischen Unmöglichkeit geworden. Das früher dienende Object gewährt kein Wasser mehr. Von einem Fortbestande dieser Servituten würde daher selbstverständlich nur dann die Rede sein können, wenn aus besonderen Gründen angenommen werden müßte, daß nach erfolgter Senkung des Sees und der, dadurch bewirkten, Bildung des Vorlandes die beregten Befugnisse des Beklagten in örtlicher Beziehung einen erweiterten Umfang erhalten hätten.

6. — Die für eine solche Annahme vom Beklagten angeführten Gesetzesstellen beweisen aber nicht. Denn die in ihnen enthaltenen Entscheidungen basiren sich nur auf eine **quaestio** oder **interpretatio voluntatis**, indem dort überall nur von einem legirten, oder ausdrücklich vertragsmäßig constituirten, oder cedirten **usus fructus** und **aquae haustus** die Rede ist. Wer einem Anderen eine Servitut constituirt, will demselben damit **tacite** zugleich auch alles Dasjenige gestattet haben, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. Diese **voluntas** ergiebt sich von selbst als eine rechtlich nothwendige Consequenz der erfolgten Constituirung der Servitut. **In concreto** handelt es sich jedoch nicht um erst zu constituirende, sondern um existirende ersessene Gerechtsame, und auf diese lassen die beregten Gesetze keine analoge Anwendung zu. Ihren örtlichen Umfang bestimmt lediglich der einseitig in der bisherigen Uebung hervortretende Wille des Utirenden, und es entscheidet daher hier die Regel: **Tantum praescriptum, quantum possessum.** Freilich darf auch der **dominus praedii servientis** nichts vornehmen, um die Ausübung der Servituten zu hintertreiben. Er muß sogar die Mittel gewähren, um ihre Ausübung in dem bestehenden Umfange möglich zu machen; allein mit Consens des Utirenden entstandene Hindernisse der Ausübung hat er nicht zu prästiren, und die Gewährung von Mitteln zur Uebung über den ursprünglichen, also lediglich erworbenen, Umfang der Servitut hinaus ist ihm niemals anzusinnen. Im vorliegenden Falle geschah nun aber

einestheils die Seesenkung mit ausdrücklicher Zustimmung des Beklagten, und anderntheils wäre die Constituirung einer neuen Servitut (die Einräumung eines Weges über das ganze Vorland) das alleinige Mittel, durch welches die fragliche Gerechtsame an, örtlich tiefer in den See hinein gelegenen, Stellen, als an denen sie früher ausgeübt und **eventualiter** erworben worden, zu reconstituiren ständen.

Eben so unbeachtlich ist aber auch die weitere Aufstellung des Beklagten, daß ihm auch der §. 11 des Gesetzes vom 31. Juli 1846 einen particularrechtlichen Schutz dagegen gewähre, daß ihm seine beregten **jura** nicht verloren gingen, da die dort enthaltene Vorschrift dem Betheiligten lediglich ein eventuelles Widerspruchsrecht gegen eine concrete Entwässerung zugesteht, Beklagter aber in die erfolgte Seesenkung selbst eingewilligt hat.

7. — Von dem vom Beklagten ferner beanspruchten Rechte, am Ufer des W.er Sees einen Kahn zu halten, zu befestigen, und mit demselben über den See zu fahren, gilt dasselbe, was vorstehend von dem Rechte der Viehtränke, Schaaf- und Zeug-Wäsche dargelegt worden ist. Seiner eigenen Angabe nach hatte der Beklagte nur die Befugniß erworben, den Kahn an dem früheren Seeufer zu befestigen, und denselben dort zu besteigen. Steht ihm nun aber auf das durch die Seesenkung entstandene Vorland kein Anspruch zu dem Ende zu, daß ihm an dessen Ufer ein Platz zur Kahnbefestigung und zum Einsteigen, sowie ein Weg, um zu diesem Platze zu gelangen, eingeräumt werde, so ist damit auch das etwa früher bestandene Recht, den See mit dem Kahne zu befahren, von selbst hinweggefallen.

8. — Anders verhält es sich dagegen mit der, dem Beklagten angeblich zuständigen Trift- und Weidegerechtigkeit an dem Vorlande. Denn bezüglich dieser Gerechtsame läßt sich aus dem Vorbringen des Beklagten soviel entnehmen, daß vor der erfolgten Senkung des Sees nicht bloß das frühere Seeufer, sondern auch der vordere, mit niedrigem Wasser bedeckte, im Jahre 1849 trocken gelegte, Seegrund längs des ganzen F.schen

Gebiets von diesem Gute aus sowohl zum Uebertreiben des Viehes, als auch zur Weide für dasselbe, benutzt worden sei. Der Umstand aber, daß von dem früher in dieser Weise benutzten Seegrunde durch die Seesenkung das Wasser gänzlich zurückgetreten ist, vermag natürlich die an diesem Seegrunde einmal erworbenen Gerechtsame nicht wieder aufzuheben. Es gilt jedoch auch hier nach Maßgabe des oben **sub ratione 6** Erwähnten der Grundsatz: **tantum praescriptum, quantum possessum,** und das „Wie weit?" muß sich aus der künftigen Beweisinstanz ergeben.

9. — Daß die Beweislast sowohl rücksichtlich der Entstehung dieser Trift- und Weidegerechtigkeit, als hinsichtlich des Umfangs derselben, den Beklagten treffen muß, selbst wenn sich derselbe im ungestörten Besitze dieser Gerechtsame befinden sollte, ist der richtigen Ansicht nach nicht zu bezweifeln.

cfr. v. Bangerow, Leitfaden §. 353 Anmerkung 2.

Was aber den zu erbringenden Beweis selbst anlangt, so war dieser nach Maßgabe des Vorbringens des Beklagten nicht auf die **praescriptio definita** zu beschränken, sondern es war demselben alternativ auch der Beweis der Immemorialverjährung der fraglichen Gerechtsame freizulassen, da, wenn gleich einerseits die Erfordernisse bei diesem Beweise denjenigen des Beweises der Ersitzung in mehreren Beziehungen gleich, und theilweise sogar größer sind, andererseits doch auch der Beweis der Unvordenklichkeit dem Servituteninhaber leichter und vortheilhafter sein kann. Dies ergiebt sich schon daher, daß bei der Ersitzung jedes Verbot die Ausübung der **quasi possessio** vitiös macht, während bei der Immemorialverjährung nicht einmal die Anstellung einer Klage, oder eine erfolglos versuchte Störung des Besitzes, als Unterbrechung in Betracht kommt.

10. — Zum Behufe des Nachweises der Ersitzung mußte dem Beklagten dem gemäß zu erweisen auferlegt werden:

daß und in welcher Art, namentlich zu welchen Zeiten und wie oft, und an welchen Stellen des zu W. gehörenden Vorlandes, **resp.** wie weit in den See hinein, während der letzten 30 Jahre vor der im Jahre 1849 erfolgten Seesenkung Seitens des Gutes F.

a) das Vieh zwecks Gelangung von einem Weideschlage zum andern über das jetzige Vorland in und resp. durch den See getrieben worden, und

b) das gegenwärtige Vorland des W'er Sees, resp. die im See selbst längs desselben gewachsenen Pflanzen, zur Weide für das Vieh benutzt worden seien.

Dabei ist noch hervorzuheben, daß als die, zur Ersitzung erforderliche Zeit ein Zeitraum von dreißig Jahren deswegen hat angenommen werden müssen, weil es sich hier um einen Rechtserwerb an landesherrlichen, also fiscalischen, Grundstücken handelt, solche aber nur der außerordentlichen Ersitzung unterworfen sind. Des Nachweises eines besonderen Erwerbtitels dieser Gerechtsame bedarf es jedoch eben so wenig als des Beweises der **bona fides**, indem diese Letztere auf allen Fall vermuthet wird.

Ferner dürfen die einzelnen vom Beklagten zu erweisenden Besitzhandlungen zwar nicht **vi, clam** oder **precario** ausgeübt sein, allein eine specielle Beweisauflage ist auch hierüber nicht erforderlich, da die hier in Betracht kommende

L. 10. pr. D. si serv. vind. (8, 5)

nur bestimmt, daß die zum Beweise der Verjährung anzuführenden Besitzacte nicht als gewaltsam, heimlich oder bittweise ausgeübt erscheinen dürfen. Daher darf denn der Beklagte nur solche Handlungen zum Beweise nehmen, welche keines dieser **vitia** an sich tragen.

11. Der dem Beklagten rücksichtlich der Immemorialverjährung alternativ freizulassende Beweis ist aber darauf zu richten:

daß und in welcher Art, namentlich zu welchen Zeiten und wie oft, und an welchen Stellen des zu W. gehörigen Vorlandes, resp. wie weit in den See hinein, die vorhin gedachten Besitzhandlungen seit unvordenklicher Zeit Seitens des Gutes F. ausgeübt worden seien.

Diese Ausübung der Servituten muß sich freilich bei der **praescriptio definita** sowohl, als bei der **immemorialis**, als eine Rechtsausübung darstellen, allein ein specieller Beweis

über das Vorhandensein dieses Requisits war dem Beklagten nicht aufzuerlegen, da hierin die Erklärung liegen würde, daß die noch so häufige fehlerfreie Vornahme der zum Wesen der Servitut gehörenden Handlungen während der Ersitzungszeit zum Erwerbe des Rechts nicht genüge, vielmehr eine besondere, äußerlich wahrnehmbare, Beschaffenheit der einzelnen Ausübungsacte erforderlich sei, während doch die Gesetze eine solche, namentlich eine wörtliche oder symbolische Erklärung von einer Servitut Gebrauch machen zu wollen, nirgends erfordern. Es kann vielmehr nur darauf ankommen, daß sich aus der Gesammtheit der von dem Beweisführer speciell und mit allen Nebenumständen darzulegenden Ausübungsacte der **animus juris exercendi** herausstelle, und versteht es sich von selbst, daß der directe Gegenbeweis auch auf solche Umstände gerichtet werden darf, aus denen sich ergeben würde, daß mit den einzelnen Besitzhandlungen die auf Rechtsausübung gerichtete Absicht nicht verbunden war. Dahin würde auch die Behauptung des Klägers, daß die Duldung der Ausübung von Seiten der W'schen Gutsherrn nur eine widerrufliche, **precario** ertheilte, gewesen sei, gehören.

— — — — — — — — — — — —

Auf Appellation des Beklagten änderte das Oberappellationsgericht mittelst Erkenntnisses vom 15. Juni 1857 das — im Uebrigen bestätigte — Urtheil der Justiz-Canzlei zu Güstrow rücksichtlich der Bestimmung **sub II.**, unter Compensation der Kosten der Appellationsinstanz, dahin ab:

daß dem Beklagten die weitere Ausübung des Rechts zur Viehtränke, Schaaf- und Zeugwäsche im W'schen See, sowie des Rechts, am Ufer dieses Sees einen Kahn zu halten, zu befestigen, und damit über den See zu fahren, bei Strafe von 100 Thalern für jeden Contraventionsfall zu untersagen ist, er könnte und wollte denn binnen drei Wochen, **reprobatione salva**, rechtlicher Art nach darthun:

daß und in welcher Art Seitens des Gutes F. entweder während der letzten dreißig Jahre vor der im Jahre 1849

erfolgten Seesenkung oder seit unvordenklicher Zeit vor dem beregten Zeitpunkte

a) das Vieh zum Zwecke der Tränke in das Wasser des Sees getrieben,

b) die Schaaf- und Zeugwäschen in demselben vorgenommen,

c) dort ein Kahn gehalten, am Ufer befestigt und mit demselben über den See gefahren worden.

Gründe:

1. Der W'sche See, an welchem der Beklagte die zur Frage stehenden Servituten in Anspruch nimmt, gehört unbestrittenermaßen zu den Privatgewässern. Durch die Senkung desselben ist daher, wie gleichfalls unter den Parteien feststeht, keine Eigenthumsveränderung herbeigeführt, sondern nur die Oberfläche des nach wie vor im Eigenthume des Landesherrn gebliebenen Seegrundes in der Nähe des früheren Ufers factisch umgestaltet worden. Für die Feststellung des Einflusses, welchen diese Umwandlung der Oberfläche auf den Bestand der streitigen Servituten geübt hat, sind vor Allem von entscheidender Bedeutung die bekannten Grundsätze, daß Praedialservituten am Grund und Boden — dem **solum**, im Gegensatze der **superficies** — haften, und daß ihnen vermöge ihrer Untheilbarkeit jeder kleinste Theil des dienenden Grundstückes unterworfen ist. Sie erlöschen daher regelmäßig nur durch den völligen Untergang der dienenden Sache, und hat dagegen eine bloße Veränderung der letzteren nur dann den gleichen Erfolg, wenn dadurch die natürlichen Eigenschaften aufhören, vermöge deren sie den — den Inhalt der Servitut bildenden — Gebrauch zu gewähren im Stande ist.

l. 9 D. si servitus vindicetur (8, 5).

2. Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall kann kein Zweifel darüber sein, daß das **praedium serviens** durch den Seegrund, nicht durch die über demselben stehende Wassermasse gebildet wird. Letztere ist in Beziehung auf die Servituten der Viehtränke, der Schaaf- und Zeugwäsche nur als ein Product des Seegrundes zu betrachten, welches der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zu dessen

wirthschaftlichen Zwecken benutzen darf, und zwar liegt in Folge der Untheilbarkeit der Servituten die Verpflichtung zur Gewährung der Wassernutzung dem ganzen Seeboden, als einem wasserhaltigen Grundstücke, ob. Von einem Untergange der Berechtigung durch die Veränderung der natürlichen Beschaffenheit des Sees würde daher nur im Falle der gänzlichen Austrocknung die Rede sein können.

argum. l. 10 §. 3 D. quibus modis ususfructus amittitur (7, 4).
l. 34, §. 1 l. 35 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3).
l. 14. pr. D. quemadmodum servitutes amittantur (8, 6).

Macht zwar die Senkung des Sees eine Modification der Ausübung nöthig, so ist doch festzuhalten, daß ein Verzicht auf irgendwelche Servituten, außer der Strandfischerei von Seiten des Vorgängers des Beklagten bei den Verhandlungen über das Project jener Senkung nicht erfolgt ist. Das vom Kläger in [9] Canc. S. 19 anerkannte Protocoll vom 2. Juni 1837 — Anlage B. ad [7] ibid. — enthält sub nr. 4, abgesehen von dem Verzichte auf die Strandfischerei, allein die Bemerkung, daß das entstehende Vorland der Großherzoglichen Kammer verbleibe, womit zweifellos nur die Eigenthumsfrage festgestellt werden sollte. Wenn es ferner in dem Protocolle des Jahres 1844 heißt, daß die Rechte wegen etwaniger Viehtränken und Schaafwäschen den gesetzlichen Bestimmungen überlassen bleiben, so ist damit jedenfalls constatirt worden, daß die F'sche Gutsherrschaft durch die Einwilligung in die Senkung des Sees keinen Verzicht auf die erwähnten Servituten aussprechen wollte. Ueberdies kann schon nach allgemeinen Grundsätzen die Einwilligung in eine Veränderung des factisch bestehenden Zustandes des **praedium serviens** nur dann als ein Verzicht auf die Servitut selbst angesehen werden, wenn deren Fortbestand dadurch direct unmöglich gemacht wird.

vergl. l. 8 pr. D. quemadmodum servitutes amittantur (8, 6) mit l. 20 pr. D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3) und l. 21 D. de servitutibus praediorum urbanorum (8, 2).

3. Gegen den Fortbestand der Servituten nach der durch die Senkung des Sees nothwendig herbeigeführten Modification

ihrer Ausübung scheint freilich ein Bedenken aus den Bestimmungen der l. 9 D. de servitutibus (8, 1), l. 13 §. 1 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3), und der l. 20 §. 3 D. de servitutibus praediorum urbanorum (8, 2) zu entstehen, denen zufolge der Inhalt und Umfang der Servitut selbst als fixirt anzusehen ist, wenn sich einmal ein bestimmter Ausübungsmodus festgestellt hat. Allein dieser Rechtssatz findet auf den vorliegenden Fall überall keine Anwendung. Denn so lange bei vollem Wasserstande der Wasserspiegel die Grenze des herrschenden und des dienenden Grundstückes bildete, und das Seeufer auch bei dem niedrigsten Wasserstande dem Eigenthümer des letzteren keinen Nutzen abwarf, war zu einer solchen Fixirung der behaupteten Servituten durch die Art der Ausübung gar keine Veranlassung gegeben, und ist vom Kläger Nichts angeführt worden, was darauf hinwiese, daß die Ausübung unter bestimmter räumlicher Beschränkung und anders als nach der Convenienz des Berechtigten geschehen wäre. Ueberdies gilt der als Zweifelsgrund angezogene Rechtssatz nicht in absoluter Allgemeinheit, wie die l. 1 §. 10 l. 3, §. 2, D. de rivis (43, 21), und l. 3 §. 16 D. de itinere actuque privato (43, 19) zeigen, und steht dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht die Befugniß zu, sich durch die Berufung auf jenen Rechtssatz der für ihn aus der Servitut selbst entstehenden Verbindlichkeit zu entziehen, daß er dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes alles dasjenige gestatte, was zur Ausübung der, den unmittelbaren Inhalt der Servitut bildenden, Hauptberechtigung erforderlich ist.

l. 11 §. 1 D. communia praediorum (8, 4) vergl. mit l. 10 D. de servitutibus (8, 1), l. 20 §. 1 D. de servitutibus praediorum urbanorum (8. 2), l. 3 §. 3 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3).

4. Ergiebt sich schon aus dem Vorstehenden die Fortdauer der in der rat. 2 erwähnten Servituten ungeachtet der eingetretenen Senkung des Sees als Resultat, so wird dasselbe nur noch mehr bestätigt, wenn man specieller auf den Inhalt der Servituten eingeht. Das Recht der Viehtränke behauptet der Beklagte vor

der Senkung des Sees in der Form des **pecoris a aquam adpulsus** gehabt zu haben, und stand ihm vermöge desselben die Befugniß zu, gerade auch den mit Wasser bedeckten Seegrund mit seinem Vieh zu betreiben. In Beihalt des dargelegten Grundsatzes, daß der ganze See der Wassernutzung dient, kommt Nichts darauf an, wie tief das Vieh früher in den See hineingegangen ist, und erscheint die factische Beschränkung auf die dem Ufer zunächst liegenden Strecken — abgesehen von besonderen, im vorliegenden Falle überall nicht angeregten Umständen — nur als eine für das Recht selbst indifferente Folge des dort flacheren und darum für das Tränken des Viehes angemessenen Wasserstandes. Hatte demnach der Beklagte vermöge des mit dem **pecoris ad aquam adpulsus** verbundenen Rechtes der Viehtränke, die Befugniß, den Grund und Boden des Sees so weit mit seinem Viehe zu betreiben, wie das Bedürfniß es erforderte und die physische Möglichkeit durch den Wasserstand gegeben war, so läßt sich eine Beschränkung seiner Servitut keinesweges daraus herleiten, daß ein Theil des Seegrundes vom Wasser frei geworden ist. Kann das Vieh dort nicht mehr getränkt werden, so bleiben die fraglichen Strecken unter allen Umständen doch dem noch immer möglichen **pecoris ad aquam adpulsus** unterworfen.

5. Aehnlich, wie mit der bereits erörterten Tränkgerechtigkeit, verhält es sich mit der Schaafwäsche. Der Nutzung des Wassers zum Zwecke der letzteren dient der ganze See. Unter der Voraussetzung der Existenz der fraglichen Servitut stand daher dem Eigenthümer des **praedium dominans** einer Seits frei, mit den für die Vornahme der Schaafwäsche nothwendigen Anstalten so tief ins Wasser hineinzugehen, als es das jedesmalig eBedürfniß erforderte, und war derselbe anderer Seits befugt, mit der Herstellung jener Anstalten bei den flacheren Strecken des Sees in unmittelbarer Nähe des Ufers zu beginnen, und den mit der Schaafwäsche beauftragten Leuten, statt des sonst erforderlichen Durchwatens des Wassers, einen trockenen Steg zu bereiten. Die Senkung des Sees hat nun lediglich die Folge gehabt, daß die Arbeiter ohne eine künstliche

Vorrichtung mit den zu waschenden Schaafen trockenen Fußes über die bloßgelegten Theile des früheren Seegrundes gehen können. Es bedarf aber keiner weiteren Ausführung darüber, daß diese factische Veränderung ohne Einfluß auf den Bestand der Servitut bleiben mußte.

Die Zeugwäsche unterliegt derselben Beurtheilung. Denn stand es früher den mit der Wäsche beschäftigten Leuten zu, den Boden des Sees, sei es unmittelbar, sei es mittelbar (vermöge künstlicher Vorrichtung) zu betreten, so mußte auf den trocken gelegten Stellen als **adminiculum** der Servitut die Last, das Hinübergehen der Waschenden und das Hinübertragen der Wäsche zu dulden, haften bleiben, sobald der Servitutberechtigte, welchem rücksichtlich der Wasserbenutzung der ganze See dienstbar war, beim Zurücktreten des letzteren mit der Vornahme der Wäsche selbst dem nunmehrigen Wasserspiegel folgte.

6. Das Recht, den See mit einem Kahne zu befahren, wird an sich durch die Bildung des Vorlandes nicht berührt. Ob die Befestigung des Kahnes noch jetzt an der früheren Stelle geschehen kann, ist eine **quaestio facti**, auf deren Verneinung Nichts ankommt, da die Befugniß, den Kahn am Ufer zu halten und zu befestigen, dem in der l. 23 §. 1 **D. de servitutibus praediorum rusticorum** (8, 3) als **servitus navigandi** erwähnten Rechte der Kahnfahrt gegenüber lediglich die Bedeutung eines sich von selbst verstehenden Ausübungsactes hat, die bloße Modification eines solchen aber nach den obigen Ausführungen keinesweges den Untergang des Rechtes selbst bedingt. Grade in Bezug auf den zur Frage stehenden Ausübungsact ist dies besonders klar, wenn man erwägt, daß daraus allein noch keine für den Eigenthümer des Sees irgendwie nachtheilige Belästigung entsteht, wenn der zur Befestigung zu benutzende Pfahl von seinem früheren Orte weiter an das gegenwärtige Ufer gerückt wird, und folglich der hiegegen gerichtete Widerspruch als des reellen Interesses entbehrend nach dem Principe zurückgewiesen werden muß, welches Ulpian in der l. 3 §. 2 **D. de rivis** (43, 21) in einer Anwendung auf die **servitus aquae ducendae** mit den Worten ausdrückt:

nos et hic opinamur, utilitatem ejus, qui ducit, sine incommoditate ejus, cujus ager est, spectandam. Der Umstand, daß man nach den vom Beklagten in der ersten Instanz gemachten Zugeständnissen von der früheren Befestigungsstelle aus zu dem See jetzt nur durch Beschreitung des neugebildeten Vorlandes gelangen kann, ist gleichfalls nicht geeignet, ein beachtliches Bedenken gegen den Fortbestand der Servitut hervorzurufen, da es sich auch hier nur um einen zur Ausübung des Kahnfahrens erforderlichen Vorbereitungsact, also um eine, zu den sogenannten **adminicula** der Servitut gehörige, Befugniß handelt. Würde zwar bei völligem Austrocknen des Sees nicht eine **ipso jure** eintretende Verwandlung des Kahnrechtes in die Servitut eines Fußsteiges anzunehmen sein, so tritt doch der Untergang des Kahnrechtes keinen Falls schon dann ein, wenn sich entweder vorübergehend bei schwankendem Stande des Wassers, oder dauernd bei anhaltender Verringerung desselben ein trockener Uferstreif bildet. Derartige Veränderungen eines Seespiegels hängen so nothwendig mit der Natur der Gewässer zusammen und treten so vielfach ohne alle unmittelbare menschliche Einwirkung ein, daß ein Kahnrecht an benachbarten Seen kaum bestehen könnte, wenn dem Servitutberechtigten unbedingt die Befugniß versagt werden sollte, den früher mit Wasser bedeckt gewesenen Uferstreifen zum Zwecke des Hinangehens an den zurückgewichenen Seespiegel zu betreten. Daß dem geltenden Rechte ein solcher Rigorismus fremd ist, kann nach der Entscheidung der l. 3 §. 2 D. **de aqua quotidiana** (43, 20) nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Ungeachtet der anscheinend mehrfach corrumpirten Lesarten ist nämlich das Folgende als deutlicher Sinn dieser Stelle zu erkennen: Wenn Jemand sich über das Grundstück seines Nachbaren aus einem öffentlichen Flusse Wasser zuleiten darf, und in Folge des Zurückweichens des Flusses das verlassene Flußbett als ein neues Grundstück dem Eigenthümer des dienenden **praedium** anfällt, so darf der Servitutinhaber seine Wasserrinne nicht, um den Fluß zu erreichen, durch das wasserfrei gewordene Flußbett führen, da dieses, als solches, der Servitut nicht unterworfen

war und jetzt auch nicht als bloßer Theil des anstoßenden dienenden Grundstückes zu betrachten ist; der Servitutberechtigte ist hier also durch das neu entstandene servitutfreie Grundstück vom Flusse abgeschnitten. Bildet sich dagegen durch allmähliges Sinken des Wasserspiegels im Wege der Alluvion ein, die Wasserrinne vom Flusse trennendes Vorland, welches factisch wie rechtlich nur als ein Theil des dienenden Grundstückes erscheint, so ist der Servitutinhaber berechtigt, seine Wasserrinne über diesen Theil des in seinem ganzen Umfange servitutpflichtigen Grundstückes zu verlängern. Um so mehr wird der Beklagte dem Wasser im vorliegenden Falle nachgehen dürfen, wo das entstandene Vorland schon zu der Zeit, als es noch Seegrund war, der Servitut unterlag. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß nach der factischen Lage des vorliegenden Rechtsfalles die **bona fides** auf das Entschiedenste die Zurückweisung des aus der Seesenkung gegen die Fortdauer der Servitut entnommenen Grundes verlangt. Die Grabungen, welche die Bildung des Vorlandes zur Folge gehabt haben, sind nämlich auf Grund einer Vereinbarung der Großherzoglichen Kammer und der Gutsherrschaft von F. vorgenommen worden. Bot der Servitutberechtigte durch seine Einwilligung in das Project der Senkung des Sees seine Hand dazu, daß dem Eigenthümer des Sees die Gewinnung eines wasserfreien Vorlandes möglich wurde, so begeht Letzterer einen **dolus**, wenn er dem Ersteren den Zugang zu der Kahnstelle verweigern will, obwohl der Nachtheil, welcher für ihn durch die Benutzung des Vorlandes zu solchem Zugange erwächst, bei der dem Servitutberechtigten **argum. l. 9 D. de servitutibus** (8, 1) und **l. 13 §. 1 D. de servitutibus praediorum rusticorum** 8, 3) zweifellos obliegenden Verbindlichkeit, eine bestimmte Linie einzuhalten, ein verhältnißmäßig geringer ist.

7. Dem Bisherigen zufolge hat sich der Beklagte mit Recht durch die Aberkennung sämmtlicher im vorliegenden Erkenntnisse **sub II.** erwähnten Servituten für beschwert erachtet. Bei dem Leugnen des Klägers bedarf es rücksichtlich dieser Servituten des Beweises, und zwar ist auch hinsichtlich der Tränkgerech-

tigkeit ein eigener Beweis erforderlich, da die Existenz einer selbständigen Servitut der Viehtränke nicht daraus zu folgern ist, daß im Falle der Constatirung der vom Beklagten beanspruchten Trift- und Weidegerechtigkeit das bei Ausübung dieser beiden Servituten dem Viehe factisch mögliche Trinken des Wassers, welches sich auf dem diesen Servituten dienenden Boden befindet, nicht verhindert werden kann. Die Beweislast trifft nach richtiger — bereits früher in der Praxis des Oberappellationsgerichts anerkannter — Ansicht nur den Beklagten, da das Eigenthum, als das Recht zur ausschließlichen Herrschaft über eine Sache, die Befugniß zur Zurückweisung jedes Angriffes von Seiten eines Dritten gewährt, und bei der Präsumtion der fortdauernden Freiheit des Eigenthums selbst ein, diesem Rechte widersprechender Besitzstand keinen Anspruch auf richterlichen Schutz hat, sofern nicht dessen Rechtmäßigkeit durch den Nachweis einer bestehenden Servitut constatirt wird.

8. Der Beweissatz ist rücksichtlich der vom Beklagten geltend gemachten Servituten-Ersitzung nach richtiger Ansicht auf die Ausübung während der letzten dreißig Jahre vor der im Jahre 1849 erfolgten Seesenkung zu richten. Die Anwendlichkeit der fiscalischen Vorrechte auf das Gut W. wird nämlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß dasselbe sich vor langer Zeit im Eigenthume von Privatpersonen befunden hat Auch stehen erhebliche Bedenken der Ansicht Puchta's (Pandecten, §. 188, not. m., Vorlesungen, §. 188, a. E.) entgegen, derzufolge die ordentliche Servituten-Ersitzung nicht durch die Ersitzungs-Unfähigkeit der Sache ausgeschlossen sein soll. Es läßt sich nämlich nicht wohl daran zweifeln, daß das Verbot der **usucapio** auch auf die **longi temporis praescriptio** bezogen werden muß;

Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, Bd. I., S. 162.

Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 2, §. 240 zur not. c., vgl. §. 239, not. aaa.

aller Consequenz des Rechts würde aber widersprochen werden, wenn man annehmen wollte, daß die nach der Analogie der

longi temporis praescriptio entwickelte Servituten-Ersitzung — vgl. l. 2 **C. de servitutibus** (3, 34), so wie auch l. 12 **C. de praescriptione longi temporis** (7, 33) — auf Gegenstände angewandt wäre, von welchen die **longi temporis praescriptio** selbst ausgeschlossen wurde, und würde solcher Annahme überdies die Erwägung entgegenstehen, daß die Bestellung der Servituten auch als Veräußerung gilt, vgl. l. 7 **C. de rebus alienis non alienandis** (4, 51), und die Zulassung einer Ersitzung wiederum einer Veräußerung gleich geachtet wird.

l. 28 pr. D. de verborum significatione (50, 16).

Da nun ferner die l. 8 **C. de praescriptione XXX annorum** (7, 39) nur vom Erwerbe des Eigenthums redet, so mag es vom Standpunkte der reinen Interpretation dieser Constitution aus als zweifelhaft erscheinen, ob man nicht mit von Vangerow (Lehrbuch der Pandecten, §. 351, Anm. sub nr. 5) die Existenz einer außerordentlichen Servituten-Ersitzung leugnen müsse. Unverkennbar würde aber das aus solcher Festhaltung an dem Wortlaute des fraglichen Gesetzes sich ergebende Resultat eben so sehr den Charakter einer unvollständigen, wie denjenigen einer inconsequenten Rechtsentwickelung an sich tragen. Wenn die **communis opinio** sich dabei nicht beruhigte, sondern keinen Anstand nahm, die Grundsätze von der außerordentlichen Eigenthums-Ersitzung auf die Servituten zu übertragen,

vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. 9, S. 147 f.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts, Th. 2, §. 289, sub 4.
Seuffert, Lehrbuch des practischen Pandectenrechts, Bd. I, S. 251.
Unterholzner, a. a. O., Bd. 2, §. 213.
Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, §. 64, nr. 3.
Muther, Die Ersitzung der Servituten, §. 12.
R. Elvers, Die römische Servitutenlehre, S. 749.
Brinz, Lehrbuch der Pandecten, I, S. 277,

so stützte sich diese, gleichfalls in die Praxis übergegangene Lehre auf den durchaus folgerichtigen Gedanken, daß der Schluß von der Usucapions-Unfähigkeit einer Sache auf die Unstatthaftigkeit einer Servituten-Ersitzung nur unter Festhaltung eines völligen Parallelismus gerechtfertigt sei und daher das

hinsichtlich des Eigenthums allein zu dem Erfordernisse einer längeren Ersitzungszeit hinführende Usucapions-Verbot nicht als Grund für die vollständige Ausschließung jeder Ersitzung von Servituten an den bezüglichen Sachen hingestellt werden dürfe. Die dargelegte gemeine Lehre hat demnach jedenfalls als eine auf der Grundlage des Römischen Rechts consequent weiter geführte Rechtsbildung, ungeachtet der entgegenstehenden theoretischen Bedenken, Anspruch auf Anerkennung. Es bleibt allein die Frage übrig, ob für die als statthaft nachgewiesene außerordentliche Servituten-Ersitzung im vorliegenden Falle der Zeitraum von dreißig oder von vierzig Jahren maßgebend sei. Nach der überzeugenden Ausführung von Savigny's (System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, S. 360 f.) ist die Ansicht unhaltbar, nach welcher die Klagen des Fiscus allgemein erst in vierzig Jahren verjähren sollen. Auch erklärt der genannte Schriftsteller mit Recht die völlig singuläre **l. 14 C. de fundis patrimonialibus** (11, 61) für unpractisch.

— — — — — — — — — — — —

9. In Bezug auf die sonstigen Requisite des vom Beklagten zu erbringenden Beweises der Servituten-Ersitzung sind bereits in der **rat.** 10 des vorigen Erkenntnisses die richtigen Grundsätze hervorgehoben worden, aus welchen von selbst folgt, daß der dem Kläger vorbehaltene directe Gegenbeweis den Nachweis etwaniger **vitia possessionis** mit umfaßt. Uebrigens ist der Beweissatz in Bezug auf die Art der Ausübung generell formulirt worden, weil nach den Ausführungen der **rat.** 3 von dem Satze: **tantum praescriptum quantum possessum,** in Bezug auf den Umfang und Inhalt der hier beim ersten **gravamen** zur Frage stehenden Servituten nicht ohne Weiteres Anwendung zu machen ist. Wegen der Fassung des gleichfalls freigelassenen Beweises des unvordenklichen Besitzes bedarf es nur einer Verweisung auf die **rat.** 11 des vorigen Erkenntnisses.

10. In so weit die zweite Beschwerde dagegen gerichtet ist, daß dem Beklagten **sub III.** des vorigen Erkenntnisses der Beweis einer dreißigjährigen, und nicht vielmehr nur einer zehnjährigen, Servituten-Ersitzung auferlegt worden, ergiebt sich

die Unhaltbarkeit derselben schon aus dem Vorstehenden. Auch bietet die sonstige Fassung des bezüglichen Beweissatzes keinen Grund zur Beschwerde; die Hinweisung auf die specielleren Modalitäten der Ausübung ist hier von Bedeutung, da der Umfang der Trift- und Weidegerechtigkeit zu ermitteln ist, und wird es im Uebrigen Sache des über den geführten Beweis zu fällenden Erkenntnisses sein, zu ermessen, ob und in wie weit aus der nachgewiesenen Art der Ausübung etwa eine Beschränkung der ersessenen Servituten abzuleiten ist.

11. Da die erste Beschwerde für begründet befunden, die zweite aber verworfen worden ist, so vernothwendiget sich die Compensation der Kosten dieser Instanz.

25.

1. Auslegung eines in Bezug auf die Constituirung eines obligatorischen Rechtes, eines ususfructus oder einer s. g. irregulären Prädialservitut zweifelhaften Vertrages.

2. Verurtheilung in fructus percipiendi von Zeit der Insinuation der Klage (nicht von derjenigen einer früheren Interpellation) bei der rei vindicatio.

Be. 855/1857.

Der Graf und die Gräfin v. d. O. verkauften mittelst Contractes vom 4/14. Jan. 1831 das ihnen gemeinschaftlich gehörende Gut B. an den Grafen v. H., nachdem bereits früher von diesem Gute die Pertinenz M. abgelöst und zu einem selbständigen Hauptgute erhoben war, welches von dem Gräflich v. d. O'schen Ehepaare beim Verkauf des Gutes B. reservirt wurde. In den §§. 4 und 6 des mit dem Grafen v. H. über B. abgeschlossenen Verkaufscontracts heißt es nun weiter also: Der Graf und die Gräfin v. d. O. reserviren sich weiter:

1. von B. die auf dieser Feldmark belegene, jedoch bisher von M. benutzte s. g. Mastbruchwiese in dem Bestande von 5246 □Ruthen mit dem dazu von dieser Wiese führenden Wege, jedoch nur für die Lebenszeit der gegenwärtigen Besitzer von M.;

2. die Benutzung des B'er Torfmoors durch Bereitung des Stech- und Tradetorfs für das Bedürfniß zu M., speciell in dem s. g. schwarzen Moor mit dem dahin führenden Wege und dem dazu bisher von M. benutzten nothwendigen Trockenplatze, jedoch nur auf die Lebenszeit der gegenwärtigen Besitzer von M.

Nachdem durch weitere Veräußerungen das Gut B. vom Grafen v. H. an den Gutsbesitzer P. und von diesem an den Gutsbesitzer v. M. gekommen, das Gut M. aber durch Kauf an den Gutsbesitzer v. B. übergegangen war, entstand unter den beiden letztgedachten Personen Streit über die fortdauernde Wirksamkeit der in dem Kaufcontracte vom 4/14. Januar 1831 hinsichtlich der Mastbruchwiese und des B'er Torfmoores verabredeten Reservationen; es trat daher der Gutsbesitzer v. M. unterm 18. September 1852 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Gutsbesitzer v. B. auf M. mit einer Klage hervor, in welcher er die derzeit im Besitz des Beklagten befindliche Mastbruchwiese als eine Pertinenz seines Gutes B. vindicirte und sein Gesuch darauf richtete, daß der Gegner zur Restitution der Wiese und der seit dem 8. März 1852 (als dem Tage einer außergerichtlichen Interpellation) gewonnenen oder von ihm zu gewinnen gewesenen Früchte, liquidatione salva, sowie zur Erstattung der Kosten verurtheilt werde.

Der Beklagte berief sich in seiner Vernehmlassung auf die Reservationen des Kaufcontractes vom 4/14. Januar 1831, indem er auszuführen suchte, daß die dadurch für den noch lebenden Grafen v. d. O. begründeten Rechte bei dem Ankauf von M. auf ihn übergegangen seien. Zugleich erhob er, weil der Kläger ihm nicht die Benutzung des Torfmoors gestatten wollte, auf Grund der mehrberegten Reservationen vom 4/14. Januar 1831 eine Widerklage mit dem Gesuche: den Gegner zur Einräumung der Mitbenutzung des B'er Torfmoors mit dem dahin führenden Wege und nöthigen Trockenplatz zu verurtheilen.

Die weiteren Verhandlungen drehten sich hauptsächlich um die Frage, ob die durch den Kaufcontract vom 4/14. Januar

1831 für den Grafen v. d. O. hinsichtlich der Mastbruchwiese und des B'er Torfmoors begründeten Rechte der Art seien, daß sie von dessen Gutsnachfolger den Singularsuccessoren des Grafen von H. gegenüber geltend gemacht werden könnten? Die Justiz-Canzlei zu Güstrow erkannte unterm 13. Juli 1857 unter Verurtheilung des Beklagten in die Proceßkosten dahin:

1. daß derselbe schuldig sei, die zu dem Gute B. gehörige Mastbruchwiese mit den seit dem 8. März 1852 percipirten und zu percipiren gewesenen Früchten, deren Liquidation vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist und bei Strafe der Execution an den Kläger herauszugeben, und
2. daß Beklagter mit der erhobenen Widerklage ab- und zur Ruhe verwiesen werde.

Auf Appellation des Beklagten und Widerklägers reformirte das Oberappellationsgericht mittelst Erkenntnisses vom 17. Januar 1859, im Uebrigen die Entscheidung der ersten Instanz bestätigend, dahin, daß Beklagter nur die zur Zeit der Insinuation der Klage vorhandenen, sowie die seitdem percipirten und zu percipiren gewesenen Früchte herauszugeben schuldig sei.

Auch wurde der Beklagte und Widerkläger in die Kosten der Appellationsinstanz, unter Vorbehalt der Moderation, verurtheilt.

Gründe.

1. — — — — — — — — — — — — — —

2. Die Entscheidung der Hauptsache hängt lediglich und allein von der Frage ab, welcher Art die dem Beklagten bei dem Ankaufe von M. überwiesenen und von ihm einredeweise und widerklagend verfolgten Rechte waren, die sich der Graf v. d. O. bei dem Verkaufe von B. an den Grafen v. H. durch die §§. 4 b und 6 d des als Anlage A. zu [1] **act. junctor.** anliegenden Contracts vom 4/14. Januar 1831 bezüglich der sogenannten Mastbruchwiese und des sogenannten schwarzen Torfmoors für seine Lebenszeit vorbehalten hatte.

Faßt man den Inhalt dieser Vertragsbestimmungen näher ins Auge, so ist nämlich eine dreifache Deutung derselben möglich:

3. Zunächst ist soviel klar, auch unbestritten, daß durch jene Vertragsbestimmungen, welche ausgemachter Weise keinen Vorbehalt des Eigenthums jener Theile von B. beabsichtigten, jedenfalls eine obligatorische Verpflichtung des Grafen v. H. als Käufers, entstand, seinem Verkäufer für dessen Lebenszeit die ausbedungene Nutzung und, soweit diese es erforderte, auch den Besitz der fraglichen Wiese und des Torfmoors nebst den dazu führenden Wegen ꝛc. zu gewähren, und es ist nicht nur möglich, daß die Absicht der Contrahenten sich auf die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung dieser Art beschränkte, sondern auch nach der auf Fälle dieser Art zutreffenden und angewandten Regel der l. 9 D. de regulis juris (50, 17): „Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur“ — vgl. Zachariae, v. Lingenthal, über die sogenannten irregulären Personalservituten, im Archiv für die civilistische Praxis XXVII. pag. 53 — würde man sogar nicht ohne Schein behaupten können, daß gerade diese beschränktere Absicht der Contrahenten hier anzunehmen sei. Der Erfolg dieser Annahme würde aber in rechtlicher Hinsicht der sein, daß, wenn auch der Graf v. H. für seine Person unter allen Umständen verpflichtet war, die übernommene obligatorische Leistung seinem Mitcontrahenten zu prästiren, mochte er selbst im Besitze von B. bleiben, oder nicht, doch im Falle einer von ihm vorgenommenen Veräußerung dieses Gutes der dritte Erwerber nicht ohne Weiteres von selbst in diese Verpflichtung eintrat, sondern sogar dann nicht einmal zu deren Erfüllung verbunden war, wenn er das Dasein derselben gekannt hätte, da die bei Uebertragung von Grundstücken übliche Clausel: „wie der Veräußernde dieselben besessen, oder rechtlich hätte besitzen können,“ entschieden nur auf die dingliche Seite des zu übertragenden Rechtsverhältnisses Bezug hat, nicht aber auch ohne Weiteres von selbst den Erwerber zur Uebernahme der dem Veräußernden hinsichtlich des veräußerten Gegenstandes obliegenden obligatorischen Verbindlichkeiten verpflichtet, da diese nur in dessen Person begründet sind, die Substanz des demselben zustehenden Rechts an der Sache aber nicht afficiren, wie dies auch in dem Verhältnisse

des Käufers einer von dem Verkäufer vermietheten oder verpachteten Sache dem Miethberechtigten gegenüber entschieden anerkannt ist.

4. Nur unter der Voraussetzung, daß die späteren Erwerber von B. sich in irgend einer Weise dem Grafen v. d. O. gegenüber zur Uebernahme dieser, zunächst dem Grafen v. H. auferlegten obligatorischen Verbindlichkeit verpflichtet hätten, würde daher der Beklagte und Widerkläger, als dessen Cessionar, sich jenem gegenüber mit Erfolg auf den Inhalt der bezüglichen Vertragsbestimmungen berufen können. Allein diese Voraussetzung trifft schon in der Person des P., und vollends in der des jetzigen Klägers und Widerbeklagten nicht zu; und ist daher weiter zu untersuchen, ob etwa die zweite und dritte der als möglich bezeichneten Auffassungen jener Vertragsbestimmungen ein dem Beklagten und Widerkläger günstigeres Resultat ergeben.

5. Es läßt sich nämlich sehr wohl denken, und es spricht vielleicht sogar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß durch die von Seiten des Grafen v. d. O. bei der Veräußerung von B. an den Grafen v. H. gemachten Vorbehalte bezüglich der dazu gehörigen Wiese und des Torfmoors quaest., die Begründung eines dinglichen Nutzungsrechts an diesen Theilen von B. beabsichtigt und verwirklicht war, und kann dabei die Absicht entweder auf die Constituirung eines dem Grafen v. d. O. zustehenden, dem äußeren Umfange nach beschränkten, Ususfructus, oder auf die Constituirung einer auf die Lebenszeit der derzeitigen Besitzer von M. beschränkten Prädialservitut, wie solche nach l. 4 pr. D. de servitutibus (8, 1) und l. 4 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3) möglich ist, gerichtet gewesen sein. Die sententia a qua und der Kläger haben allein die erstere Auffassung für zutreffend gehalten, und von diesem Standpunkte aus den rechtlichen Bestand des etwa beabsichtigten dinglichen Rechts und dessen Wirksamkeit dem Kläger und Widerbeklagten gegenüber verneinen zu müssen geglaubt. Allein eines näheren Eingehens auf die hiedurch angeregten Fragen bedarf es hier um deswillen nicht,

weil, richtiger Ansicht nach, durch die fraglichen Vorbehalte, wenn überhaupt ein dingliches Recht, so doch entschieden kein Ususfructus, sondern lediglich eine Prädialservitut der letzteren Art beabsichtigt und begründet sein kann.

6. — Hiefür spricht schon der Umstand, daß in dem §. 4 b. des bezüglichen Contracts hinsichtlich des die sogenannte Mastbruchwiese betreffenden Vorbehalts ausdrücklich auf deren bisherige Benutzung von M. hingewiesen, und neben der Wiese selbst der von derselben nach M. gerade führende Weg reservirt wird; in noch viel entscheidenderer Weise aber der fernere Umstand, daß in §. 6 d. hinsichtlich des B.'er Torfmoors, speciell des sogenannten schwarzen Moors, dessen Benutzung durch Bereitung des Stech- und Tradetorfs ausdrücklich für das Bedürfniß zu M., also auch mit Beschränkung auf das hiedurch gegebene Maaß, in Verbindung mit dem von M. dahin führenden Wege und dem dazu bisher von M. benutzten nothwendigen Trockenplatze vorbehalten wird, der Sinn beider Vorbehalte aber offenbar der gleiche war; und endlich läßt sich hierfür noch unterstützend anführen, daß die Dauer dieser vorbehaltenen Nutzungen dem Wortlaute nach nicht etwa an die Lebenszeit des Grafen v. d. O. und dessen Gemahlin, als der Verkäufer von B., sondern in beiden Stellen an die Lebenszeit „der gegenwärtigen Besitzer von M." geknüpft wird. Da nun der unterscheidende Character des Ususfructus von den Prädialservituten ähnlichen Inhalts gerade darin liegt, daß seine Ausübung und nutzbare Ausbeutung weder an den Besitz, noch an das Bedürfniß eines bestimmten Gutes gebunden ist, hier aber die Nutzung der betreffenden B.'er Grundstücke ganz bestimmt für M. und von M. aus geschehen und dadurch qualitativ wie quantitativ beschränkt sein sollte, so kann es nicht weiter zweifelhaft sein, daß die durch jene Vorbehalte begründeten Servituten eben für M., als herrschendes Grundstück, im Sinne der Prädialservituten bestellt werden sollten.

7. Vom Standpunkte dieser, wie so eben gezeigt, allein hier zutreffenden Auffassung aus würde nun zwar dem Rechtsbestande des in solcher Weise bestellten dinglichen Nutzungsrechts,

wie der §. 8, 1 der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung zeigt, nicht das von dem Inhalte dieses Gesetzes gegen die dingliche Wirksamkeit eines etwa reservirten Ususfructus in der **sententia a qua** erhobene Bedenken entgegenstehen; wohl aber tritt hier ein anderer Grund ein, welcher die Wirksamkeit des solchergestalt constituirten Servitutsrechts für den Beklagten völlig ausschließt. Wenn nämlich an sich genommen, die einem bestimmten Gute zustehende Prädialservitut auf jeden folgenden Besitzer desselben ganz von selbst als eine dem Gute anklebende Gerechtigkeit übergeht, und dies, **arg. l. 4 pr. D. de servitutibus** (8, 1) als Regel auch dann angenommen werden muß, wenn die für das Gut bestellte Servitut etwa bei ihrer Begründung an eine hinsichtlich ihres Ablaufs bestimmte oder unbestimmte Zeitdauer gebunden worden ist, so gilt doch nach dem klaren Ausspruche der **l. 4 D. de servitutibus praediorum rusticorum** (8, 3) — worüber besonders zu vergleichen Zachariä v. Lingenthal in dem schon angeführten Aufsatze des Archivs für die civilistische Praxis **XXVII.** S. 25 bis 32, S. 2 bis 4. S. 54 f. — alsdann ein Anderes, wenn dem Inhaber eines Grundstückes eine Prädialservitut nur für seine Person gerade eingeräumt ist. In diesem Falle geht sie nämlich eben so wenig auf den Käufer des herrschenden Grundstückes, wie auf die Erben des ursprünglichen Erwerbers über. Und diese auch in der Theorie hinsichtlich ihrer allgemeinen Anwendbarkeit keinem Zweifel ausgesetzte Bestimmung rechtfertiget sich gewiß vollständig durch die einfache Erwägung, daß nach der Absicht des Bestellers hier die Servitut weder dem Grundstücke als solchem ankleben, noch dem Besitzer desselben für seine Person als solche verliehen sein, sondern dem Grundstücke nur mit Rücksicht auf die Person seines derzeitigen Besitzers, diesem aber wieder nur mit Rücksicht auf seinen Besitz und für diesen zustehen sollte.

8. — Daß aber der in dem Vertrage vom 4. — 14. Jan. 1831 §. 4 b. und §. 6 d. gemachte Vorbehalt der fraglichen Servituten in diesem Sinne gerade gemeint war, das ergiebt sich insbesondere daraus, daß in der Fassung der be-

treffenden beiden Vorbehalte die Beziehung der reservirten Nutzungen auf die Person der beiden Verkäufer, des Grafen v. d. O. und dessen Gemahlin, so entschieden in den Vordergrund gestellt ist, daß eben um deswillen die Annahme am nächsten liegt, es sei dadurch bloß ein auf die Gewährung dieser Nutzungen abzielendes Forderungsrecht gegen den Käufer, oder auch eine persönliche Servitut bezweckt worden, und erst aus den weiteren hinsichtlich des Umfanges und der Art der Ausübung dieser Nutzungen getroffenen Bestimmungen sich erkennen läßt, daß sie ihnen nach Art einer Prädialservitut für das von ihnen bei dem Verkaufe von B. zurückbehaltene Gut M. zustehen sollten. Sie wollten sich also dadurch nur einen Vortheil wahren, welchen sie in Folge der bisherigen Verbindung beider Güter in Einer Hand sich für die Bewirthschaftung des einen derselben, das sie behielten, hatten beschaffen können. Und da Nichts darauf hinweist, daß sie in jenem Augenblicke schon an eine mögliche Veräußerung dieses letzteren dachten, so tritt die beschränkte Beziehung der vorbehaltenen Nutzungsrechte auf ihre Person gerade in der am Schlusse beider Vorbehalte gleichmäßig sich findenden näheren Bestimmung derselben: „jedoch nur für die Lebenszeit der bisherigen Besitzer von M.“ so entschieden wieder hervor, daß es keinem Bedenken unterliegen kann, dieselbe dahin auszulegen: „jedoch nur für die Dauer des Lebens und des Besitzes der Verkäufer,“ da es entgegengesetzten Falles, wenn diese Gerechtigkeiten dem Gute, als solchem, in absoluter Weise, jedoch nur für beschränkte Dauer, hätten erworben werden sollen, weit natürlicher gewesen wäre, in dieser Hinsicht einfach auf die Lebenszeit der Verkäufer als solcher ohne jede Erwähnung ihres Besitzes von M., Bezug zu nehmen.

Erscheint demnach das **gravamen I.** des Beklagten in seiner Hauptrichtung, und folgeweise auch das **gravamen II.** desselben als unbegründet, so ist dagegen das **gravamen I.** in seinem zweiten eventuellen Theile, so weit es die in dem ersten Satze der **sententia a qua** enthaltene Verurtheilung zur Herausgabe der seit dem 8. März 1852 percipirten und zu percipiren gewesenen Früchte betrifft, für begründet zu halten.

Denn da der Beklagte in Beziehung auf den angemaßten Besitz und die Benutzung der von ihm vindicirten Wiese, wie der Kläger auch selbst es ansieht, bis zu der unter dem 8. März 1852 durch das Schreiben in Anlage F. ad [15] act. junctor. von ihm verlangten Herausgabe jener Wiese jedenfalls als **bonae fidei possessor** zu betrachten war, die ihm inwohnende Ueberzeugung seines guten Rechts aber durch jenes Schreiben eben so wenig mit Nothwendigkeit aufgehoben ward, als dies ohne Weiteres durch die Anstellung der Klage selbst geschieht, wie in l. 40 pr. D. **de hereditatis petitione** (5, 3) ausdrücklich bemerkt wird, und von einem durch Interpellation zu bewirkenden Eintritte der **mora** hier, der Natur der Sache nach, nicht die Rede sein kann, so konnte seine Verpflichtung zur Herausgabe der **omnis causa** auch nur von dem Beginne des Rechtsstreites, jetzt also nur von dem Tage der geschehenen Insinuation der Klage an, datirt werden, und war daher Beklagter nur zur Herausgabe der damals noch vorhandenen, so wie der seitdem percipirten und zu percipiren gewesenen Früchte zu verurtheilen.

26.

Ueber den Interdictenschutz der Wegegerechtigkeiten. Unstatthaftigkeit des interdictum de itinere actuque privato bei einem öffentlichen Wege.

Ho. $28/_{1842}$ Strelitz.

Das Oberappellationsgericht wies mittelst Erkenntnisses vom 15. März 1845 eine Klage ab, welche wegen Störung im Besitze einer dem Gute S. gegen das Gut R. zustehenden Wegegerechtigkeit erhoben und nach der bestimmten Erklärung des Klägers lediglich auf possessorischen Schutz gerichtet, von demselben auch geradezu als **interdictum uti possidetis** bezeichnet war. In den Gründen wird Folgendes ausgeführt:

— — — — — — — — — — — —

3. Aus der (possessorischen) Natur der Klage folgt zugleich rechtlich, daß der Kläger die Benutzung des fraglichen Weges nur als Ausübung einer dem Gute S. gegen das Gut R. zustehenden Servitut, nicht als Benutzung des Weges als einer öffentlichen Landstraße angesprochen haben kann. Oeffentliche Wege sind kein Gegenstand des (Quasi) Besitzes; die Benutzung derselben begründet keinen solchen und ist mit keinem possessorischen Schutze, sondern nur mit einem besonderen petitorischen Interdicte

l. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. vel itinere (43, 8)

verbunden. In der That stimmen auch der Inhalt der Klage und deren Rubrum darin überein, daß dieselbe nur auf den Schutz des Besitzes einer Servitut, der Wegegerechtigkeit, nicht auf den Schutz der Benutzung eines öffentlichen Weges, gerichtet wurde. Daß die fragliche Wegestrecke auf dem R'er Felde zugleich als ein Theil des, seit alter Zeit von St. nach C. führenden Fahrweges bezeichnet worden ist, spricht nicht für das Gegentheil; auch ein solcher Fahrweg kann sowohl an sich, als in seinem Verlaufe über das R'er Feld, ein Privatweg sein, und die Klage hat denselben nirgends als einen öffentlichen Weg angesprochen. Die von dem Kläger nach der Einlassung des Beklagten, in der Replik eingeschlagene entgegengesetzte Richtung ist daher eine unstatthafte, mithin bei der Beurtheilung des Wesens der Klage nicht weiter in Betracht kommende **mutatio libelli.**

4. In ihrer Richtung auf den possessorischen Schutz einer Wegegerechtigkeit ist aber die Klage nicht genügend fundirt. Auf den allgemeinen Streit: ob das **interdictum uti possidetis** auch auf die Prädialservituten zu beziehen sei, braucht hier nicht eingegangen zu werden; es genügt, daß alle Neueren mit Recht jedenfalls darin einverstanden sind, daß jenes Interdict auf die mit besonderen Interdicten versehenen Servituten keine Anwendung leide.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 10, S. 209, Note 83.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. edit. 6, §. 46.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts edit. 5, Bd. 2, §. 69.
Schweppe, Römisches Privatrecht. edit. Mejer Bd. 3, §. 564.
Mühlenbruch, Pandecten, edit. 2, §. 297.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, §§. 609—612.
v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen. Bd. 1. §. 355.
Roßhirt, Gemeines Civilrecht. Bd. 2, §. 275.
Puchta, Pandecten, edit. 2, §. 139.
Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht. 1844. Bd. 1, §. 65 S. 593—596.
Pfeiffer, Practische Ausführungen. Bd. 7, Abthl. 1, S. 447, 448.

5. Das Resultat dieser theoretischen Vereinigung muß zugleich als das jetzt geltende practische Recht angesehen werden. Eine feststehende allgemeine Praxis, welche, sich über die besonderen rechtlichen Voraussetzungen jener speciellen Interdicte hinwegsetzend, nur die Grundsätze von dem **interdictum uti possidetis** auf den possessorischen Schutz der betreffenden Servituten angewendet hätte, ist unerweislich; vielmehr ist die Praxis in dieser, stets auf dem Boden des Römischen Rechts verbliebenen Beziehung immer von der Theorie abhängig gewesen. Demnach hat sich auch die richtige theoretische Erkenntniß bereits in der neueren Praxis um so mehr festgesetzt,

cfr. auch Emminghaus, corpus juris German. — edit. 2, 1844, S. 934, 935 nr. 431 sub II.
Pfeiffer, a. a. O.

als die entgegengesetzte Lehre sich nie über das Verhältniß der besonderen Voraussetzungen der speciellen Interdicte — die man an sich als fortbestehend betrachtet — zu den abweichenden Grundsätzen des **interdictum uti possidetis** klar geworden war. Selbst der von dem Kläger in dieser Instanz angezogene

Höpfner, Die Besitzrechtsmittel ꝛc. Cap. 3

sagt, indem er allen possessorischen Schutz nur unter den anderen Gesichtspuncten des **possessorium ordinarium**, des **possessorium summarium** und des **remedium spolii** gelten lassen will, nirgends ausdrücklich, daß das **possessorium ordinarium** für alle Besitzverhältnisse ohne Unterschied nur nach den

Grundsätzen von dem **interdictum uti possidetis** zu beurtheilen sei. Sollte dieses aber auch seine Meinung sein, so würde dieselbe, nach dem Obigen, hier um so weniger einer Widerlegung bedürfen, als die Ausführungen des Verfassers weniger auf dem Boden des in Mecklenburg geltenden gemeinen Rechts, als auf dem der philosophischen Beurtheilung und der Eigenthümlichkeiten des Sächsischen Rechts und der Sächsischen Praxis beruhen.

6. Insofern nun der Kläger behauptet hat, in seiner Klage das **interdictum uti possidetis** beabsichtigt zu haben, würde dieselbe schon deshalb ganz abzuweisen gewesen sein, weil dieses Interdict nicht zum Schutze der Wegegerechtigkeiten dient. Da jedoch gegenwärtig nicht der von dem Kläger angegebene Name der Klage, sondern der sachliche Inhalt derselben entscheidet, so würde weiter zu untersuchen sein, ob der letztere nicht den Voraussetzungen des, hier allein statthaften **interdictum de itinere actuque privato** entspreche. In dieser Beziehung setzt das Interdict voraus — und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem **interdictum uti possidetis** —, daß die Servitut während des letzten Jahres, „**anno**," mindestens „**medio tempore, id est, non minus quam triginta diebus.**" **nec vi, nec clam, nec precario** geübt worden sei.

l. 1 pr. §. 2 D. de itinere (43, 19).

Dieses heißt, nach der richtigen Auslegung,

cfr. v. Savigny a. a. O. S. 591, Note 2.
Puchta a. a. O. S. 191, Note o.
Sintenis a. a. O. S. 593, 594, Note 24.
Pfeiffer a. a. O. S. 463—465

nicht, wie in neuerer Zeit von Einigen behauptet worden, die Servitut müsse wenigstens innerhalb des Zeitraums von 30 Tagen — also im äußersten Falle nur zweimal am 1. und am 30. Tage — sondern sie müsse wenigstens an 30 verschiedenen Tagen des letzten Jahres geübt worden sein. (Hierauf wird mit Bezug auf das factische Vorbringen beider Parteien in rat. 7—10 ausgeführt, es sei als feststehend zu betrachten, daß

das Gut S. den Weg im letzten Jahre nicht an 30 Tagen befahren habe.)

11. Die gänzliche Abweisung der Klage rechtfertigt sich jedoch auch noch aus anderen Gründen. Zunächst ist der Kläger in seiner Replik mit der Erklärung hervorgetreten, daß der fragliche Weg ein öffentlicher Landweg sei und von S. in dieser Eigenschaft befahren worden sei. Diese Beziehung der Benutzung des Weges schließt die Benutzung desselben **jure servitutis** aus, indem die Befahrung eines öffentlichen Weges als solchen sich nicht zugleich als Uebung einer Wegegerechtigkeit, die gerade den Gegensatz jener Benutzung bilden würde und an einem öffentlichen Wege rechtlich unmöglich ist, geltend machen kann. Diese ganz in der Natur der Sache liegende Rechtsfolge ist in der

l. 25 D. quemadmod. servit. amitt. (8, 6).

ausdrücklich anerkannt worden. Die Ausflucht des Klägers, daß die Benutzung des Weges, wenn gleich zunächst aus dem Gesichtspunkte seiner Oeffentlichkeit, doch zugleich, wegen des besonderen Interesses des Gutes S. an demselben, von diesem in der Absicht einer noch specielleren Rechtsübung — die als **animus servitutis exercendae** aufgefaßt werden müsse — geschehen sei, ist daher sowohl **in facto** als **in jure** völlig unstatthaft, und wird auch durch die Berufung auf

v. Langenn und Kori Erörterungen, Thl. 1, edit. 2, Nr. XXVI.

nicht gerechtfertigt. Diese Ausführung beruhet, so weit sie die l. 25 cit. betrifft, auf einer offensichtlich unrichtigen Auslegung derselben, im Uebrigen aber auf eigenthümlichen Bestimmungen der Königlich Sächsischen Particular-Gesetzgebung, die keine gemeinrechtliche Gültigkeit haben. Da nun die Benutzung eines öffentlichen Landweges nicht zugleich als Uebung einer Servitut an demselben, mithin nicht als Uebung einer **quasi-possessio** angesehen werden kann, so folgt, daß sich das Gut S. überhaupt nie in dem Zustande einer solchen zu dem fraglichen Wege befunden hat, und daß die erhobene Besitzklage auch aus diesem Grunde gänzlich abgewiesen werden mußte.

27.

1. Welche Wirkung hat die Veräußerung von Lehnspertinenzen in Bezug auf die ihr Recht vom Veräußerer ableitenden Lehnssuccessoren?
2. Unter welchen Voraussetzungen ist der Vorbehalt einer Liquidationsinstanz statthaft? We, 477_{1848}.

Der Justizrath v. P. auf L. erhob am 2. October 1843 bei dem Patrimonialgericht über M. Klage gegen den durch seine Vormünder vertretenen minorennen Rademacher W. zu M. auf Herausgabe einer Koppel, nebst den seit 1815 percipirten und zu percipiren gewesenen Früchten, indem er sich darauf berief, daß dies von dem Beklagten besessene Stück Land zu dem von ihm — dem Kläger — im Jahre 1815 unter landesherrlichem Consense aus dem Concurse des Geheimen Conferenzrathes v. E. gekauften Lehngute Pr. gehöre. Eine eventuelle Bitte war auf Verurtheilung des Beklagten zur Erstattung sämmtlicher — für die gedachte Koppel seit 1815 von ihm bezahlter öffentlicher Abgaben und Kosten **liquidatione salva** gerichtet.

Der Beklagte vertheidigte sich besonders durch die Berufung auf einen Kaufcontract vom 2. December 1769, mittelst dessen sein Großvater M. W. die Koppel von dem Geheimen Rath v. E. auf L. und Pr. erworben hatte, und erreichte, daß der Kläger in dem ersten Erkenntnisse vom 10. Septbr. 1846 mit der Reunionsklage definitiv, dagegen mit dem eventuellen Gesuch angebrachter Maßen abgewiesen wurde. Nachdem in zweiter Instanz eine für den Kläger günstige Reformator-Entscheidung ergangen war, stellte das Oberappellationsgericht unterm 24. Juli 1849 das Erkenntniß erster Instanz wieder her.

Gründe:

1. — Bei der Beurtheilung des gegenwärtigen Rechtsstreites ist es zunächst von Wichtigkeit, die rechtliche Lage festzustellen, in welche die fragliche Koppel durch den zwischen dem wailand Geheimen Rath Friedrich v. E. auf L., Pr. u. s. w.

und dem weiland Rademacher M. W. zu M. am 2. Dec. 1769 geschlossenen Contract — Anlage A. ad [6] actor. prim. inst. — und ihre in Folge desselben geschehene Uebergabe an den ꝛc. W. getreten ist. Daß der Contract sich einen „Kaufcontract" nennt, dessen Object die Koppel war, giebt hierüber noch keinen entscheidenden Aufschluß, da ein solcher Contract nicht allein in der Absicht der Eigenthums-Veräußerung geschlossen worden, sondern mit demselben auch die Ueberlassung des Grundstücks zu einem anderen Rechtsverhältnisse, z. B. Erbzins und dergleichen, bezweckt sein könnte. Eine nähere Bezeichnung des concreten Inhalts dieses Geschäfts würde dagegen schon in der Bestimmung sub 1: „Es verkauft nämlich vorgenannter Herr Geheime Rath v. E. vor sich, seine Erben und Erbgenehmer an den Rademacher W. erb- und eigenthümlich" enthalten sein, indem durch diese eine Eigenthums-Veräußerung und somit eine gänzliche Absonderung der Koppel von dem Gute Pr., zu welchem dieselbe bis dahin, nach der Behauptung des Klägers, gehörte, angezeigt zu werden scheint. Zweifel erregend ist dagegen wieder die, unmittelbar darauf gegebene Erläuterung der Rechtswirkungen, zu welchen das Ackerstück dem Käufer erb- und eigenthümlich zugesichert wird, nämlich: „dergestalt und also, daß besagter W. solches nach seinem freien Willen bauen, nutzen und gebrauchen, auch solches einzäunen und mit einem Graben versehen könne und möge, wie er denn solches nach unterzeichnetem Contract zu sich und in Besitz nehmen kann." Es kann nicht als bedeutungslos angesehen werden, daß der Inhalt der dem Käufer eingeräumten Befugnisse an dem Grundstücke — neben der Gestattung, den juristischen Besitz desselben nach der Unterzeichnung des Contracts zu ergreifen — nur in die freieste Bebauung und Benutzung desselben gesetzt, und anderer Seits dem Käufer noch ausdrücklich gestattet wird, dasselbe durch einen Zaun und einen Graben von dem Gutsterrain abzusondern; während sich dieses Alles bei einer reinen Eigenthumsveräußerung rechtlich von selbst verstanden haben würde, dagegen aber die besondere Beschränkung der Ueberlassung des Grundstücks auf jene Befugnisse auf eine rechtliche Limitation

der reinen Eigenthumsveräußerung hinzuweisen scheint. Ganz unzweifelhaft tritt aber die Absicht einer solchen Limitation hervor in der Bestimmung sub 3 des Contracts:

„3. Bleibt dieses Stück unter der Jurisdiction und Obrigkeitlichen Gewalt der Adelichen Güter L. und Pr., und muß dessen Besitzer von den Eigenthümern besagter Adelicher Güter in den dahin gehörigen Fällen Gebot und Verbot annehmen."

Hienach ist das Grundstück unzweifelhaft unter der Gerichtsbarkeit und Polizei der gedachten Güter verblieben.

2. — Erwägt man nun, daß die Gerichtsbarkeit und die Polizeigewalt der ritterschaftlichen Güter auf den geographischen Umkreis ihres Territoriums beschränkt ist und nicht durch Privat-Uebereinkunft auf nicht zu diesem gehörige Grundstücke bezogen werden kann; so folgt aus der vorstehenden Bestimmung sub 3, daß die Koppel wenigstens zu diesem Effecte ein Theil jener Güter geblieben, und zu keinem, von ihnen rechtlich völlig abgesonderten selbständigen Grundstücke geworden ist. Blieb das Grundstück also in so weit ein Theil der Güter, so ist es auch nicht aus dem Lehnsverbande derselben herausgetreten. Nach der eigenen Behauptung des Klägers ist es aber auch hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und Lasten nach wie vor als ein Theil des Gutes Pr. behandelt worden, indem solche nach wie vor von diesem für dasselbe, als einen Theil des Gutes, entrichtet und getragen worden sind. Das Grundstück ist somit in seinen sämmtlichen öffentlichen Beziehungen, so wie in seinem lehnrechtlichen Verhältnisse ein Theil des Gutes Pr. verblieben. Diesemnach muß, da es kein **dominium duorum in solidum** giebt, auch der Grundherr dieses Gutes Grundherr der Koppel geblieben sein, und der Käufer kann durch jenen Contract — ganz in dem Sinne der späteren Verordnung vom 6. Februar 1827 sub 2 — Officielles Wochenblatt Nr. 8 — nur ein, der Emphyteuse oder dem Erbzinse analoges dingliches Recht an derselben erlangt haben, d. h. alle Eigenthumsbefugnisse nebst dem juristischen Besitze ohne Aufhebung des grundherrlichen Eigenthums des Eigenthümers von Pr. Will man sich für

dieſes Verhältniß beſtimmter techniſcher Ausdrücke bedienen, ſo kann man nach den neueren Rechtsbegriffen ſagen: der Käufer hat an dem Grundſtücke nur ein **dominium utile** erlangt, während das **dominium directum** bei Pr. verblieben iſt. Nach Römiſchem Rechte würde jenes **dominium utile** wie bei der Emphyteuſe nur ein **jus in re aliena** ſein. Mit dieſem Ergebniſſe ſtimmen alle Einzelheiten der Vereinbarung **sub 1** des Contracts vollkommen überein. Dadurch, daß dem Käufer vermöge der contractlichen „erb- und eigenthümlichen" Ueberlaſſung des Ackerſtücks nur der juriſtiſche Beſitz und das Recht zum uneingeſchränkten Bauen, Nutzen und Gebrauchen deſſelben eingeräumt wurde, drückte man aus, daß ihm nur die volleſte Ausübung des Eigenthums, nicht das grundherrliche Recht ſelbſt zuſtehen ſollte. Die beſondere Geſtattung der Begrenzung des Ackerſtücks durch einen Zaun oder Graben hatte aber ſichtbar die Bedeutung, daß man dadurch dem Käufer hinſichtlich ſeiner bezeichneten Rechte gerade deshalb die äußere Abſonderung desſelben von dem Gute ausdrücklich erlauben wollte, weil es im Uebrigen ein Theil des letzteren verbleiben ſollte. Nicht widerſprechend iſt es hiegegen, daß das Grundſtück dem Käufer „erb- und eigenthümlich" verkauft wurde; denn Beides geſchah nur mit den bemerkten Beſchränkungen, welche, wie gezeigt worden, dem Käufer lediglich ein ſogenanntes **dominium utile** gewährten, wie im gewöhnlichen Leben auch bei dem Verkaufe einer Erbzinsſtelle von erb- und eigenthümlicher Ueberlaſſung derſelben geredet wird.

3. — In dem bezeichneten Sinne iſt demnach das ſtreitige Grundſtück noch immer ein Theil des Gutes Pr. und es ſind dem Eigenthümer des Letzteren nur diejenigen Rechte an demſelben entzogen worden, welche den Inhalt des ebenfalls bezeichneten Rechtes des Käufers an demſelben bildeten. Der Contract vom 2. December 1769 nebſt der mit ihm verbundenen Uebergabe hat mithin keine wahre Eigenthumsveräußerung ſondern nur die Veräußerung eines **dominium utile**, oder eines **jus in re aliena** an dem Grundſtücke hervorgebracht. Es fragt

sich demnach zunächst weiter: in wie weit diese Veräußerung an einem Theile des Lehngutes Pr. rechtsgültig war?

4. — Nach dem gemeinen Lehnrechte sind dem Vasallen solche Veräußerungen des Lehens oder eines Theils desselben, welche eine Uebertragung des gesammten Rechts daran bezwecken, an eine fremde Person nur mit dem Consense des Lehnsherrn und der Agnaten — dessen Ertheilung oder Versagung ganz von deren Willkür abhängt — gestattet. Hat er eine solche Veräußerung ohne den Consens des Lehnsherrn **bona fide** vorgenommen, so kann er das veräußerte Object von dem Erwerber und jedem dritten Besitzer desselben, gegen den entsprechenden Ersatz zurückfordern. Hat er **mala fide** veräußert, so verliert er das Lehn zur Strafe seiner Felonie, hat daher auch nicht jenes Recht der Zurückforderung; vielmehr ist der Lehnsherr berechtigt, das Lehn von dem Erwerber und jedem dritten Besitzer zu vindiciren. Hat der Vasall das Lehn oder einen Theil desselben ohne Consens der Agnaten veräußert, so sind diese berechtigt, das Veräußerte, so bald ihnen das Lehn eröffnet sein wird, ebenfalls von jedem Besitzer, daher auch dem Lehnsherrn selbst, zu vindiciren.

Paetz, Lehrbuch des Lehnrechts, §§. 135, 137.

Dagegen sind schon gemeinrechtlich dem Vasallen solche Veräußerungen an dem Lehn oder an Theilen desselben, welche keine Uebertragung des gesammten Rechts daran begründen, sondern das Letztere nur beschränken, dergestalt gestattet, daß sie ihn selbst vollkommen verbinden. Zu dieser Wirkung kann er daher auch ohne den Consens des Lehnsherrn dingliche und persönliche Servituten an dem Lehn oder an Theilen desselben constituiren. Der Lehnsherr und die Agnaten sind jedoch auch an diese Beschränkungen des Lehns nur gebunden, wenn sie in dieselben eingewilligt haben, daher im entgegengesetzten Falle, sobald das Lehn ihnen eröffnet worden, auch hier zur Revocation berechtigt.

Paetz, a. a. O., §. 135, 136.

Ob das hier von den Servituten Bemerkte auch bei der Bestellung einer Emphyteuse, Erbleihe und dergleichen an dem Lehn, oder wenigstens an bloßen Theilen desselben, gelte, wie Viele, z. B.

Böhmer, Princ. jur. feudal. §. 263 not. b.
Paetz, a. a. O. §. 136 not. k.

annehmen, oder ob auch von solchen Alienationen das, oben im Eingange dieser ratio entwickelte strengere Recht gelte, wie Andere behaupten, z. B.

Ortloff, Grundzüge des Teutschen Privatrechts, S. 365 sub 4.
Mayr, Handbuch des Lehnrechts, §. 122 sub 2 und not. 3.
Gerber, System des Deutschen Privatrechts, §. 126 sub 4.

ist zwar controvers; dieser Gegenstand bedarf jedoch hier in Beihalt des Folgenden keiner Entscheidung.

5. Wie das inländische Lehnrecht von den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die in rat. 4 zuerst erwähnten Veräußerungen abweicht, ist bekannt. Die inländischen Lehne sind veräußerlich in dem Sinne, daß zu ihrer Veräußerung zwar vor derselben der Consens des Lehnsherrn nachgesucht werden muß, aber — sofern das Lehn nicht zum Falle steht — nicht versagt werden darf, und daß die nicht vorsätzliche Unterlassung jener Nachsuchung nicht mehr den Verlust des Lehns, sondern nur noch die Erleidung einer Geldstrafe für den Contravenienten zur Folge hat — §. 447 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs. — Der veräußernde Vasall ist selbst daher nie mehr berechtigt, die im Uebrigen gültige Veräußerung wegen des Mangels des lehnsherrlichen Consenses anzufechten. Dagegen wird der Consens der Agnaten in so weit erfordert, als ihnen das Vorkaufsrecht, der Retract, und das Revocationsrecht in der Art zustehen, wie zuletzt die Declarator-Verordnung vom 12. Febr. 1802 diese Rechte fixirt hat.

Außerdem sind die inländischen Lehne veräußerlich in Folge ihrer Verschuldbarkeit zu dem Ende nothwendiger Veräußerungen zum Besten der Gläubiger in und außer dem Concurse, zu welchen es auch weder des Consenses des Lehnsherrn noch der Agnaten bedarf.

Was von der Veräußerung der ganzen gilt, gilt auch von der Veräußerung der Lehnspertinenzen, und um so mehr von der Veräußerung anderer Theile derselben. Ueber die freiwillige Veräußerung von Lehnspertinenzen bestimmen insbesondere die

§§. 461, 462 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs und der Art. IX. der Declarator-Verordnung vom 12. Februar 1802 dasselbe, wie über die freiwillige Veräußerung der Hauptlehngüter. Um so weniger kann man zweifeln, daß dasselbe — mit den durch die Eigenthümlichkeit dieses Falles bedingten Modificationen — auch bei der ohne lehnsherrlichen und agnatischen Consens erfolgten freiwilligen Veräußerung anderer Theile der Lehne Rechtens sei. — Der Veräußerer selbst und diejenigen seiner — singulären und universellen — Successoren, welche ihr Recht von ihm ableiten, oder an seine Handlungen gebunden sind, können die Veräußerung nicht anfechten; ihnen allen steht die **exceptio rei venditae et traditae** entgegen, die Berufung auf den Mangel des lehnsherrlichen oder agnatischen Consenses würde für sie eine unzulässige Replik aus dem Rechte Dritter sein. In wie fern dagegen der Lehnsherr gegen solche Handlungen aus dem Grunde unstatthafter Deterioration oder Parcellirung des Lehns einzuschreiten, oder seinen Consens in sie zu versagen — cfr. auch die Verordnung vom 6. Febr. 1827 und die Bekanntmachung der Großherzoglichen Lehnkammer vom 30. Mai 1837, Officielles Wochenblatt Nr. 21 — oder ihretwegen zu Revocationen nach eröffnetem Lehne berechtigt sein würde, bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Daß dergleichen Veräußerungen den Rechten der Agnaten als solcher nicht präjudiciren, versteht sich ebenfalls von selbst.

Auch von der nothwendigen Veräußerung der Lehnspertinenzen und einzelner Theile derselben gilt dasselbe, wie von der nothwendigen Veräußerung der ganzen Lehne. Dieses bestätiget insbesondere die ganze reichhaltige inländische Gesetzgebung über die Particular-Adjudicationen von Lehnspertinenzen und anderen Lehnstheilen in und außer dem Concurse, auf welche weiter einzugehen hier jedoch keine Veranlassung besteht. Nur das Eine wäre hier etwa als sich von selbst verstehend zu erwähnen, daß die Bestimmungen der Verordnungen vom 23. Mai 1651 und vom 13. März 1775 über das Reluitionsrecht des Schuldners bei außerhalb des Concurses adjudicirten Lehnstheilen

keine Anwendung auf freiwillig von den Vasallen veräußerte Lehnsstücke leiden.

Schon nach den vorstehenden Ausführungen würde man — vermöge des Schlusses **a majore ad minus** — nicht zweifeln können, daß auch das inländische Lehnrecht dem Vasallen an sich ebenfalls die in **rat. 4** erwähnten Veräußerungen der zweiten Beschaffenheit, selbst ohne den Consens des Lehnsherrn und der Agnaten gestatte, daß er selbst und seine in **rat. 5** genannten Nachfolger daher nicht berechtigt zu achten, solche Veräußerungen wegen des Mangels jenes Consenses anzufechten, daß dagegen dem Lehnsherrn, der nicht in sie willigte, seine Gerechtsame auch in Bezug auf sie sowohl für den Fall der Eröffnung des Lehns, als auch sonst wegen Deteriorirung desselben unverkürzt verblieben, nicht minder den nicht consentirt habenden Agnaten die ihrigen für den Fall, daß das Lehn ihnen eröffnet würde. Eine specielle und ausdrückliche Bestätigung des Bestandes dieser Grundsätze in dem inländischen Lehnrechte gewähren aber noch die Bestimmungen über die Errichtung des Leibgedinges am Lehn in der Gestalt eines Witthums-Nießbrauches. Nach den

Reversalen von 1572 art. VII. VIII.
Reversalen von 1621 art. XXVIII.
Resolut. Caesar. ad grav. vom 19. October 1724 art. VIII.
Resolut. Caesar. vom 23. März 1733 ad grav. 1 von 1727 — und dem Landesgrundgesetzlichen Erbvergleiche von 1755 §. 434

bedarf auch diese Veräußerung am Lehn, um für den Lehnsherrn und die Agnaten bindend zu sein, ihrer Zustimmung; auch für die letztere ist eine Consensgebühr an den Lehnsherrn zu erlegen; derselbe kann jedoch seine Zustimmung, so fern das Lehn nicht zum Falle steht, auch hier nicht versagen. Der Vasall ist demnach auch bei solchen Alienationen nur hinsichtlich der Rechte des Lehnsherrn und der Agnaten beschränkt; er selbst und seine, an seine Handlungen gebundenen singulären und universellen Nachfolger können dieselben aus diesem Grunde nicht anfechten. Eben so ergeben auch die Bestimmungen

der Reversalen von 1621 art. XVI.
des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs §§. 325, 326, 327, 335,

daß die Vasallen die von ihnen den Bauern an ihren Gütern im Uebrigen gültig ertheilte Erbzinsgerechtigkeit, **jus emphyteuticum** und dergleichen anzuerkennen haben, daher auch diese wegen des Mangels des lehnsherrlichen Consenses anzufechten nicht befugt sind. Auch die Verordnung vom 6. Febr. 1827 **sub** 3 erfordert zwar zu der Errichtung von Erbzinsstellen auf Lehngütern den lehnsherrlichen und agnatischen Consens, deutet jedoch ebenfalls nicht an, daß der Errichter selbst in Ermangelung jenes Consenses zu der Anfechtung dieser Veräußerung befugt sei.

7. Hinsichtlich der Agnaten tritt bei allen **in rat.** 4, 5, 6 besprochenen Veräußerungen noch der Unterschied zwischen den alten Lehnen — im gemeinrechtlichen Sinne — und den neuen Lehnen ein. Bei den letzteren fällt das Zustimmungsrecht der Agnaten, weil sie ihre Anrechte an das Lehn nicht **ex pacto et providentia majorum** haben, sondern nur von dem ableiten, welcher das Lehn neu erwarb, ganz hinweg. Hier kommt daher bei allen Alienationen nur der Consens des Lehnsherrn in Betracht.

8. Die vorstehenden Erörterungen zeigen, daß der wailand Geheime Rath v. E. nicht berechtigt gewesen sein würde, die durch den gedachten Vertrag und die Uebergabe des streitigen Grundstücks bewirkte Veräußerung des Letzteren an den wailand Rademacher M. W. zu M. wegen des derselben fehlenden lehnsherrlichen Consenses anzufechten. Erlangte der ꝛc. W. wie **in rat.** 1, 2, 3 ausgeführt wurde, durch jene Veräußerung nur ein der Emphyteuse analoges dingliches Recht an dem Grundstücke, so folgt aus den obigen Ausführungen, daß die Veräußerung für den veräußernden Gutsherrn vollkommen bindend war und Letzterem keine Revocations- oder Reunionsklage wegen derselben zustand. Dasselbe würde aber, jedenfalls nach inländischem Rechte — **rat.** 5 — auch dann der Fall gewesen sein, wenn jene Veräußerung das gesammte Recht des Veräußerers an dem Grundstücke auf den Käufer übertragen und eine gänzliche rechtliche Ablösung desselben von dem Gute Pr. bewirkt haben sollte. War aber der Geheime Rath v. E. zu der An-

fechtung der Veräußerung aus jenem Grunde nicht befugt, so ist es auch der Kläger nicht. Der Nachfolger des Geheimen Raths v. E. in die L.'er Güter wurde bei dessen Tode der Geheime Conferenzrath v. E., welcher dieselben von jenem als dessen Neffe ererbte. Wie es sich mit dieser Vererbung der Güter von dem Ersteren auf den Letzteren, dessen Neffen, näher verhalten habe, darüber geben die Acten keinen Aufschluß. Wenn in der Replik des Klägers — [9] S. 13 **actor. prim. instant.** — erwähnt wird, daß die Güter „von dem Geheimen Rathe Friedrich v. E. durch Erbgang" übergegangen wären, so ist daraus nicht zu ersehen, ob der Geheime Conferenzrath v. E. in die Güter als alte Lehne im gemeinrechtlichen Sinne **ex pacto et providentia majorum**, oder ob er in sie als neue Lehne succedirte. Setzt man zunächst den letzteren Fall, so konnte der Geheime Conferenzrath v. E., der dann sein Recht an den Gütern lediglich von dem Geheimen Rathe v. E. ableitete, nicht mehr Recht an dem Gute Pr. haben, als ihm sein Vorgänger hinterlassen hatte, und war demnach zu der Anfechtung der fraglichen Veräußerung wegen des Mangels des lehnsherrlichen Consenses so wenig berechtigt, als dieser. Es würde daher auch dem Kläger, der sein Recht an den Gütern durch Kauf aus dem Concurse des Geheimen Conferenzraths v. E., mithin rechtlich von diesem, erworben hat, kein solches Recht zustehen. Setzt man dagegen, daß der Letztere in die Güter als alte Lehne **ex pacto et providentia majorum** succedirt wäre; so würde er zwar die fragliche Veräußerung, sofern sie ohne agnatischen Consens geschehen, anzufechten befugt gewesen, dieses rein agnatische Anfechtungsrecht aber, welches er selbst nicht geübt, auf seine Concursgläubiger nicht übergegangen, vielmehr mit dem Verluste des Gutes gänzlich erloschen sein. Der Käger würde daher auch unter diesen Umständen, durch seinen bezeichneten Erwerb der Güter kein Recht zur Anfechtung der Veräußerung überkommen haben, da das etwanige agnatische Anfechtungsrecht des Geheimen Conferenzraths v. E. auf ihn nicht übergegangen sein würde. Auch ergiebt der §. 21 des klägerischen Kaufcontracts — Anlage B. **ad** [9] **cit.** — ge-

nügend, wie wenig die Gläubiger des v. E. bei dem Verkaufe der Güter an den Kläger gemeint waren, ein bestimmtes Recht zur Anfechtung der Veräußerung auf den Letzteren, als Käufer, übertragen zu können und zu wollen, indem daselbst nur unbestimmt erwähnt wird: „Dürfte aber — das fragliche Stück Landes — als eine Lehnspertinenz zu jeder Zeit eingelöset werden können. Dieses würde also dem Herrn Käufer gleichfalls zustehen. Verkäufer wollen sich aber solcherhalb in Nichts mischen, sondern Alles Jenem überlassen, und leisten daher auch dafür keine Gewähr." Daß der Ausdruck „Jenem überlassen" hier nur die Bedeutung von „anheimgeben," „zu dem Ermessen des Käufers verstellen" und nicht die einer bestimmten Rechtsübertragung hat, ergiebt der Zusammenhang. Da nun der Kläger — die Güter möchten als neue oder als alte Lehne auf den Geheimen Conferenzrath v. E. vererbt worden sein, in beiden Fällen durch seinen späteren Erwerb derselben kein Recht zur Anfechtung der fraglichen Veräußerung von Jenem, resp. dessen Concursgläubigern überkommen haben würde; so erscheint die Klage völlig unbegründet und nur zur gänzlichen Abweisung geeignet.

9. — — — — — — — — — — —

Durchaus unbegründet ist auch die Replik des Klägers: daß **eventualiter** das dem wailand Rademacher M. W. an dem Ackerstücke ertheilte dingliche Recht auf die für die Errichtung des Hypothekenbuchs über Pr. im Jahre 1820 erlassenen Proclamata des Klägers hätte angemeldet und dessen Eintragung in das Hypothekenbuch erwirkt werden müssen, was Beides nicht geschehen sei. Nach dem §. 1 der ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 12. November 1819 gehören zu den dinglichen Forderungen, deren Bestand von dem Normaltage — 1. Januar 1826 — an durch deren erfolgte Anmeldung und Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt ist, nur diejenigen Rechte, denen ihre Stelle in der ersten Abtheilung des Hypothekenbuches zukommt. Das von dem wailand Rademacher M. W. an der streitigen Koppel erworbene dingliche Recht würde dagegen nach dem §. 2 **ibidem** und der Verordnung vom

24. Dec. 1821 lediglich in die Gutsbeschreibung gehört haben. Die in die Letztere aufzunehmenden Rechte sind aber nicht zu einem Gegenstande der Proclamation, sondern nur zu einem Gegenstande der Verpflichtung des Gutsherrn, sie der Lehnkammer für den Zweck der Eintragung in die Gutsbeschreibung anzuzeigen, gemacht worden. Ihr Rechtsbestand ist dagegen davon, daß dieses geschehen und jene Eintragung erfolgt sei, nicht abhängig gemacht worden. Für die Vergangenheit ist dieses auch in der revidirten Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. October 1848 §. 8 — mit ausdrücklicher Beziehung auf „bäuerliche Erbpacht- und ähnliche Rechte," §. 3 — besonders anerkannt und nochmals bestätigt.

10. Der eventuelle Klagantrag in [1] S. 2 a. E. **actor. prim. instant.** ist in dem ersten Erkenntnisse mit Recht angebrachtermaßen abgewiesen worden; theils, weil für denselben kein bestimmtes Rechtsfundament angegeben worden ist, theils, weil der Kläger es an einer Specification der von ihm angeblich bezahlten öffentlichen Abgaben und getragenen Lasten hat fehlen lassen. Da die Erstattung dieser Abgaben und Lasten hier den Hauptgegenstand der Klage bildete, so war dessen sofortige Specification in dem ersten Verfahren — in der Klage, **eventualiter** in der Replik — rechtlich unerläßlich. Der Vorbehalt einer Specification der eingeklagten Ansprüche in einer sogenannten Liquidationsinstanz ist nur hinsichtlich der angesprochenen Nebenleistungen des Beklagten — der sogenannten **accessoria litis** — zulässig. Ueber das bloße Rechtsprincip einer Erstattungsverbindlichkeit ohne gleichzeitige Condemnation in ein bestimmtes Object der Hauptklage zu entscheiden, ist dagegen überhaupt nicht die Aufgabe des Richters und richterlicher Erkenntnisse.

C. Obligationenrecht.

28.

Voraussetzungen für die Klagbarkeit einer Wette.

Sa. 1222/1857.

Der Glasermeister R. zu S. klagte gegen den Kaufmann S. daselbst beim Stadtgerichte zu Stavenhagen aus einer Wette auf Zahlung von 1000 Thlrn., indem er zur Begründung seines Anspruches anführte: Als er sich mit dem Beklagten zusammen im Herbst 1851 eines Vormittags im Gasthofe zu Stavenhagen befunden, habe Letzterer behauptet, daß in einer vorbeifahrenden mit Postpferden bespannten Equipage der Gutsbesitzer von D. auf M. sitze, wogegen er, Kläger, geäußert, es sei der Gutsbesitzer v. D. auf K., dessen Bedienten — der mit auf dem Wagen gesessen — er kenne. Die vom Beklagten dieserhalb offerirte Wette von 1000 Thlrn. habe er, Kläger, angenommen, worauf sie sich zum Zeichen des Abschlusses in Gegenwart mehrerer Personen die Hand gegeben hätten. Es sei dann sofort der Hausknecht R. zur Post geschickt, um die nöthigen Erkundigungen einzuziehen und nach der dadurch erlangten Auskunft habe der Beklagte die Wette verloren.

Der Beklagte leugnete den Abschluß der Wette, bestritt, daß dieselbe ernstlich gemeint sei und machte gegen ihre Gültigkeit die Unmäßigkeit der angeblichen Wettsumme geltend. Sowohl in der ersten, als auch in der zweiten Instanz wurde der Kläger zum Beweise des vom Beklagten geleugneten Klagfundamentes zugelassen; das Oberappellationsgericht wies aber auf weitere Appellation des Letzteren mittelst des völlig reformirenden Erkenntnisses vom 17. December 1858 die erhobene Klage ab und verurtheilte den Kläger in die Kosten aller drei Instanzen, indem es in den Gründen Folgendes ausführte:

1. Muß auch die Wette im Gegensatze gegen das Spiel da, wo sie auf ihrem eigenthümlichen Gebiete sich haltend, bloß

zur Bewährung der in einem vorhandenen Meinungsstreite sich gegenüberstehenden entgegengesetzten Behauptungen eingegangen wird, vom Standpunkte des Römischen, wie des gemeinen Deutschen Rechts aus nicht bloß für erlaubt, sondern auch für klagbar gehalten werden, so erheischt doch der Vorgang, welcher äußerlich als die Eingehung eines Wettvertrages sich darstellt um deswillen nothwendig eine von den übrigen obligatorischen Verträgen verschiedene Beurtheilung und Behandlung, weil die Wette als solche, nicht zu den schon durch ihre Form und ihren Zweck charakterisirten Rechtsgeschäften gehört, welche den Vermögensverkehr der bürgerlichen Gesellschaft und den Austausch und die Bewegung der vorhandenen Güter und Werthe zu vermitteln, und dadurch dem Bedürfnisse der Einzelnen zu dienen bestimmt sind, sondern regelmäßig nur zur geselligen Unterhaltung und Kurzweil dient, und, wie die Erfahrung des täglichen Lebens zeigt, in unzähligen Fällen über größere wie über kleinere Summen, wenn auch in aller Form Rechtens, doch nur zum Scherz eingegangen wird, ohne daß Jemand der Wettenden daran denkt, sich durch Eingehung derselben im Falle des Verlustes eine klagbare Verbindlichkeit aufzuladen.

2. Während daher bei jenen anderen Verträgen der ernstliche Abschluß sich ihrem Zwecke und ihrer Natur gemäß gewisser Maaßen von selbst versteht, so daß derjenige, welcher das formelle Zustandekommen eines solchen Vertrages behauptet und darthut, so lange die Vermuthung eines bindenden Vertragsschlusses für sich hat, als nicht der andere Theil besondere Gründe für sich anzuführen und darzulegen vermag, aus welchen der Mangel einer ernstlichen Absicht mit voller Evidenz hervorgeht, verhält sich dies bei der Wette insofern geradezu umgekehrt, als sie vielmehr zu ihrer Klagbarkeit die Anführung und Darlegung besonderer Umstände erfordert, aus denen der Richter mit Sicherheit zu entnehmen vermag, daß sie eben nicht bloß als ein Scherz, sondern als ein ernstlich gemeintes Geschäft eingegangen ist. In diesem Sinne eben haben verschiedene seit dem Eindringen des Römischen Rechts in das Deutsche Rechtsleben entstandene Statuten — vergl. Wilda: „die Wette," in

der Zeitschrift für Deutsches Recht, VII. S. 223 ff. — für die Klagbarkeit der Wette das Erforderniß ihrer „bedächtlichen" Eingehung aufgestellt. Und da diese Bestimmung nach der obigen Ausführung nur als der Ausdruck dessen betrachtet werden kann, was die Natur der Sache hier erfordert und mit sich bringt, so ist in derselben nicht sowohl eine die Klagbarkeit der Wette als solche beschränkende singuläre, bloß particularrechtlich geltende Satzung zu finden, als vielmehr die Anerkennung eines aus dem Wesen des betreffenden Verhältnisses selbst abgeleiteten Erfordernisses, dessen gemeinrechtliche Geltung demnach auch nicht zu bezweifeln steht. Und jedenfalls folgt hieraus so viel, daß dem Richter bei Beurtheilung der Frage, ob eine eingeklagte Wette als ernstliches Geschäft gemeint gewesen sei, das freieste nur in den seltensten Fällen noch von besonderen Beweisführungen abhängige Ermessen zustehen muß.

3. Diese Beurtheilung hat allerdings von der sorgfältigsten Erwägung aller bei dem Abschlusse der Wette obwaltenden Umstände auszugehen. Allein wenn sich hieraus der Schluß ergiebt, daß die Wettenden als verständige Leute nicht wohl einen ernstlichen Vertragsschluß beabsichtigt haben können, so hat es auch überall kein Bedenken, daraus ohne Weiteres die Folgerung zu ziehen, daß sie dieselbe auch nicht in diesem Sinne gerade beabsichtigt haben, zum wenigsten — wenn Streit hierüber entsteht — nicht auf beiden Seiten, wie doch erforderlich, diese Absicht vorhanden war. In dieser Beziehung kommt es nun zunächst auf die Beschaffenheit des Vorganges selbst an, durch welchen der Abschluß der Wette zu Stande kam, um danach zu ermessen, ob diese wirklich Folge eines ernstlich geführten Meinungskampfes war, bei dessen Durchführung und Entscheidung zu Gunsten der einen oder der anderen der sich widerstreitenden Ansichten jeder der streitenden Theile ein wirkliches, wenn auch nur ideales Interesse hatte, oder ob sie nur gesucht wurde, um einer im Verlaufe des alltäglichen Gesprächs hervorgetretenen Meinungsverschiedenheit über einen an sich gleichgültigen Gegenstand ein scheinbares Interesse zu ver-

leihen; — ob nach erfolgtem Meinungsaustausche mit ruhiger Besonnenheit zur Bewährung der sich entgegenstehenden Behauptungen und zur Herbeiführung der Entscheidung selbst die Wette zu Stande kam, oder ohne weitere Ueberlegung in der Hitze des Wortgefechtes selbst angeboten und angenommen wurde; — ob der Betrag der verwetteten Summe selbst mit der Bedeutung der obschwebenden Meinungsdifferenz für die streitenden Theile, deren Jeder ja im Falle des Unterliegens Etwas zur Genugthuung des Anderen, gleichsam zur Strafe, verwirken zu wollen erklärt, irgendwie in einem angemessenen Verhältnisse steht; — ob endlich nach den Vermögensverhältnissen der Streitenden anzunehmen ist, daß Jeder derselben im Falle des Verlustes der Wette die Wettsumme auf erstes Erfordern sogleich zu erlegen im Stande war, da an sich nicht anzunehmen steht, daß eine längere Creditirung der verwetteten Beträge in der Intention der Wettenden liegt, vielmehr regelmäßig die Absicht die ist, daß der verwettete Betrag, wenn er auch nicht sofort baar ausgesetzt wird, doch sofort nach erfolgter Entscheidung ausbezahlt werden soll. Denn wenn auch einzelne dieser gegen die Ernstlichkeit der Wette sprechenden Momente für sich allein noch nicht genügen, um die Entscheidung gegen deren Rechtsverbindlichkeit zu ergeben, so muß doch die Entscheidung dann gewiß nach dieser Richtung ausfallen, wenn sie alle insgesammt nach derselben hin den Ausschlag geben.

4. So steht es aber im vorliegenden Falle unbedingt, auch wenn man sich rein an die Angaben und Zugeständnisse des Klägers hält. Zwei Einwohner einer kleinen Landstadt treffen zufällig des Morgens mit Anderen ihrer Art im Wirthshause zusammen. Eine vorbeigefahrene Equipage erregt die Neugierde der Anwesenden. Es erheben sich entgegenstehende Behauptungen, und ehe noch für eine ruhige Ueberlegung Zeit gewonnen ist, ist nach des Klägers Angabe eine Wette fertig über einen Betrag, der nicht nur zu der Wichtigkeit des Streitgegenstandes an sich und für die Streitenden in gar keinem irgendwie angemessenen Verhältnisse steht, sondern dessen Erlegung auch für Jeden von ihnen, zumeist aber für den Kläger,

der ein nicht sehr einträgliches Handwerk betreibt, und überall nicht zu behaupten wagt, daß seine Baarschaft, oder auch nur seine disponiblen Mittel dazu ausgereicht haben würden, ein schmerzliches Opfer gewesen sein würde. Gewiß läßt sich da in keiner Weise sagen, daß diese Wette bedächtlich eingegangen ist. Und eben so wenig läßt sich in Erwägung aller dieser Umstände annehmen, daß die Wettenden als verständige Leute diese unüberlegt eingegangene Wette als ein ernstliches Geschäft beabsichtigt haben können. Wollte man dessen ungeachtet eine Ernstlichkeit des Wettabschlusses annehmen, so läge jedenfalls die Uebereilung von beiden Seiten so klar zu Tage, daß Jeder der streitenden Theile im Falle des Verlustes derselben dem Anderen den Vorwurf der Unredlichkeit, ja der Unsittlichkeit würde haben machen können, wenn er das, was in solcher Uebereilung geschehen, als rechtlich verbindendes Geschäft hätte geltend machen wollen; und eben deshalb darf auch der Richter zur Verfolgung der in solcher Weise entstandenen Ansprüche nicht die Hand bieten.

5. Unter diesen Umständen kann daher auch eine näher eingehende Untersuchung der Frage, ob und in welchem Umfange der in manche Statuten und Particulargesetzgebungen übergegangene Grundsatz des älteren Deutschen Rechts, wonach die Vollgültigkeit der Wette durch die Mäßigkeit der Wettsumme bedingt ist, und durch die hier entschieden anzunehmende Unmäßigkeit und Unverhältnißmäßigkeit der Wettsumme an sich, wie in Anbetracht der Vermögenslage der Wettenden, die Wette, ihre natürlichen Grenzen überschreitend, in ein verbotenes Spiel ausartet, den aus dem Römischen Rechte abgeleiteten entgegenstehenden Theorien gegenüber sich noch in gemeinrechtlicher Geltung erhalten hat, wie Wilda a. a. O. S. 225 ff. und nach ihm Heimbach in Weiske's Rechtslexikon X. S. 415 ff. behaupten und auszuführen suchen, hier füglich dahingestellt bleiben. Daß die hier vorliegende Wette weder mit Bedacht, noch ernstlich eingegangen war und eingegangen sein kann, ergiebt sich eben aus der Gesammtheit aller sie begleitenden Umstände von selbst. Kläger war daher mit der erhobenen Klage

so, wie hier geschehen, abzuweisen, und schuldig zu erkennen, wie die Kosten der ersten Instanz, so auch die der beiden nachfolgenden Appellationsinstanzen dem Beklagten und Appellanten, dessen Beschwerden begründet befunden sind, zu ersetzen. —

29.

Der ältere Cessionar geht dem jüngeren ohne Rücksicht auf die Priorität der Denunciation vor.

Bu. 815/1856.

In einem Falle, in welchem der ältere Cessionar gegen den **debitor cessus** klagte, verlangte Letzterer die Abweisung der Klage, weil ihm von jüngeren Cessionaren früher denuncirt worden, und er diese als seine Gläubiger agnoscirt und ihnen Zahlung zugesagt habe; dieser Einwand wurde aber durch die übereinstimmenden Erkenntnisse dreier Instanzen verworfen, und zwar lauten die Gründe der auf Appellation des Beklagten unterm 19. Mai 1856 ergangenen Entscheidung des Oberappellationsgerichts folgender Maaßen:

Das Recht zur selbständigen Ausübung der Forderung wird an sich zweifellos schon durch den Act der Cession übertragen. Wenn dessen ungeachtet den das Forderungsrecht aufhebenden oder beschränkenden Verfügungen, welche der Cedent vor der Denunciation durch Annahme der Zahlung oder durch irgend ein sonstiges Geschäft **mit dem debitor cessus** trifft, eine auch für den Cessionar verbindliche Rechtswirkung beigelegt wird,

l. 3 C. de novationibus (8, 42)
l. 4 C. quae res pignori obligari possunt (8, 17)
vergl. l. 17 de transactionibus (2, 15).

so liegt der Grund allein darin, daß der Cedent bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt dem Schuldner gegenüber fortdauernd als der zur Verfügung über das Forderungsrecht legitimirte Gläubiger erscheint. Sofern das Rechtsverhältniß nicht in der so eben bezeichneten Weise dem **debitor cessus** gegenüber von

dem Cedenten vor der Denunciation des Cessionars verrückt worden ist, geht der Letztere dem Ersteren vor,

arg. l. 55 de procuratoribus (3, 3)

und folgt daraus weiter der gleichmäßige Vorzug des älteren Cessionars vor dem späteren, da der Cedent nach einmaliger Cession bei der zweiten Vornahme dieses Actes zu Gunsten eines Dritten auf den Letzteren nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst noch hat. Nach den hervorgehobenen Gesichtspunkten erscheint es für den fraglichen Collisionsfall als irrelevant, welcher der beiden Cessionare zuerst denuncirt hat.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. S. 502.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. 2. S. 821.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten. Bd. 3. §. 575. Anm. 4.

Bleibt dem zweiten Cessionar freilich eben so wie dem Cedenten die Möglichkeit, in der Zeit vor der Denunciation des ersten Cessionars über das Forderungsrecht dem **debitor cessus** gegenüber mit allem Rechtseffect zu verfügen, so ist doch etwas derartiges von ihm — dem Appellanten — im vorliegenden Fall überall nicht behauptet worden. Die Agnition der zweiten Cessionare ist juristisch nur ein Correlat der Denunciation ohne eine selbständig obligirende Bedeutung und eben so wenig kann darin, daß er bei der Agnition der K'schen Erben als seiner Gläubiger die demnächstige unmittelbare Einzahlung der Schuldsumme an das Waisengericht oder den von diesem zu ernennenden Curator verheißen hat, ein Moment gefunden werden, welches als neue **causa obligationis** ihn den K'schen Erben gegenüber unabhängig von den rechtlichen Folgen der an diese erfolgten Cession verpflichtet hätte.

30.

1. Der Verzicht des Bürgen auf das beneficium excussionis schließt die Berufung desselben auf eine dem Gläubiger im Verhältniß zum Hauptschuldner zur Last fallende culpa in exigendo aus.

2. Die Unterbrechung der Verjährung wirkt von der Person des Hauptschuldners auf diejenige des Bürgen zurück.

3. Bedeutung der Erbenzeugnisse für die Legitimation des klagenden Erben.

4. Voraussetzungen für die mora des interpellirten Schuldners.

5. Zur Auslegung des Rostocker Stadtrechts Thl. III. Tit. 5, Art. 2. Me. 586/1855.

Der Dr. B. zu Rostock hatte sich im Trinitatis-Termin 1821 unter Verzicht auf alle ihm als Rechtsgelehrten bekannten Einreden und Rechtswohlthaten für eine Schuld von 2000 Thlr. N²/₃ verbürgt, welche sein Bruder, der Kaufmann B., in dem erwähnten Termine beim Pensionair M. unter Ausstellung eines die Rückzahlung zum Antonii-Termin 1822 mit halbjährigen Zinsen zu fünf Procent aufs Jahr verheißenden und ein allgemeines Bekenntniß des Valutenempfanges hinzufügenden Wechsels contrahirt hatte. In dem Fälligkeitstermin zahlte der Hauptschuldner nur die Zinsen; die Schuld selbst wurde durch ein stillschweigendes Einverständniß desselben mit dem Gläubiger in ein auf unbestimmte Kündigung stehendes Darlehn verwandelt, auf welches der Hauptschuldner bis zum Trinitatis-Termin 1830 prompt Zinsen zahlte. Nach dem im Jahre 1830 erfolgten Tode des Kaufmanns B. stellte sich die Insufficienz seines Nachlasses heraus; die Beneficialerben, zu welchen auch der Dr. B. gehörte, erreichten es aber, daß nach dem Liquidationstermine die Priorität ohne ein eigentliches Concursverfahren gerichtlich bestimmt und demnächst das Debitwesen durch Vergleich aufgelöst wurde. Der Pensionair M. erhielt dabei auf seine Forderung von 2000 Thlr. N²/₃ nebst

rückständigen Zinsen im Jahre 1840 nur 100 Thlr. Gold. Nach dem Tode dieses ursprünglichen Gläubigers erhob dessen Sohn, der Rentier M., unterm. 5. Januar 1855 beim Obergerichte zu Rostock Klage gegen den Dr. B. aus der von dem Letzteren für den wailand Kaufmann B. übernommenen Bürgschaft und zwar nahm der Kläger die Hälfte der Rechte seines Vaters in Anspruch, indem er unter Berufung auf die von den competenten Gerichten ausgestellten Erbenzeugnisse nachwies, daß er und seine beiden Brüder Carl und Heinrich, ein Jeder zu $^1/_3$ Testamentserbe des Vaters geworden, der nach dem Vater verstorbene Bruder Heinrich aber von ihm — dem Kläger — und dem Bruder Carl ab intestato beerbt sei. Das Gesuch war auf Verurtheilung des Dr. B. zur Zahlung von 1166 Thlr. 32 ßl. Courant, als der Hälfte der Bürgschaftsschuld und von Verzugszinsen seit dem 16. Juli 1833, so wie der Proceßkosten gerichtet. Die Forderung der Verzugszinsen ward auf eine angeblich am 4. Juli 1833 erfolgte mündliche Mahnung des Dr. B. und auf einen in der Anlage 4 der Klage im Concepte beigebrachten Brief des Dr. St. vom 16. Juli 1833 gegründet, in welchem dieser dem Dr. B. mit der Bitte um Antwort und unter dem Erbieten zur Mitwirkung für einen Vergleich mittheilt, daß er von dem Pensionair M., welcher seine vermeintlichen Rechte aus der Bürgschaft nicht aufgeben wolle, aufgefordert worden sei, die Sache mit dem Addreſſaten in Ordnung zu bringen. Der Kläger fügt hinzu, daß der Dr. B. die Mahnung unbeachtet gelaſſen und sogar den Verſuch gemacht habe, den Pensionair M. von der Unrechtmäßigkeit seiner Forderung zu überzeugen. Der Beklagte, welcher seine ursprüngliche Verpflichtung aus der Bürgschaft anerkannte, behauptete seine später eingetretene Befreiung aus folgenden Gründen:

1. Der Wechsel seines Bruders sei auf eine bestimmte Zeit (Antonii 1822) gestellt gewesen und folglich auch die Bürgschaft als auf bestimmte Zeit ertheilt anzusehen, weswegen das Stadtrecht Thl. III. Tit. 5 Art. 2 anwendbar werde.

2. Die Prolongation der Schuld nach dem Antoniitermine 1822 enthalte eine Novation. Auch liberire ihn nach dem

Stadtrechte Thl. III. Tit. 5 Art. 2 der Umstand, daß der Gläubiger und Hauptschuldner sich nach dem Eintritt des Fälligkeitstermins ohne sein Beisein wegen einer anderen und geraumen Zeit verglichen hätten, ohne daß Etwas darauf ankommen könne, daß diese Vereinbarung mündlich geschehen sei.

3. Den ursprünglichen Gläubiger treffe eine **culpa in exigendo**. Die Verhältnisse des Hauptschuldners seien erst während der nach dem Antoniitermine 1822 bewilligten Zahlungsfrist und zwar in solcher Weise in Verfall gerathen, daß jeder aufmerksame Beobachter mit der Besorgniß eines herannahenden Concurses desselben habe erfüllt werden müssen. Auch würde der Pensionair M. bei einer rechtlichen Ausmachung der im Debitwesen des Hauptschuldners entstandenen Differenzen, zu deren Beilegung im Wege des Vergleiches derselbe seine Zustimmung gegeben habe, vielleicht ganz zur Hebung gekommen sein.

Sodann leitet der Beklagte aus einer von ihm behaupteten Unvollständigkeit der klägerischen Activlegitimation die **exceptio pluspetitionis** ab. Nach seinen Anführungen soll nämlich der Vater des Klägers außer den drei in dem Erbenzeugnisse erwähnten Söhnen bei seinem Tode einen von einer vorverstorbenen Tochter unehelich gebornen Enkel hinterlassen haben, welcher als Notherbe des Großvaters und als Intestaterbe des Onkels Heinrich M. das Erbrecht des Klägers beschränke, so daß diesem im Ganzen nur der dritte Theil der libellirten Forderung zustehe.

Das Vorhandensein einer **mora** bestreitet der Beklagte, indem er nicht allein die vom Kläger behauptete mündliche und schriftliche Mahnung leugnet, sondern sich auch darauf beruft, daß er aus guten Gründen von der Nichtexistenz der Forderung überzeugt gewesen sei.

In der Replik bekämpft der Kläger sämmtliche Einreden des Gegners: insbesondere die Anwendlichkeit der Bestimmung des Rostocker Stadtrechts Thl. III. Tit. 5 Art. 2 bestreitend, die Relevanz seiner etwanigen **culpa in exigendo** bei dem vorliegenden Verzicht des Bürgen auf das **beneficium ex-**

cussionis in Abrede nehmend und die Einrede der Verjährung mit Bezug auf die bis 1830 vom Hauptschuldner geschehene Zinszahlung und die Geltendmachung der Forderung im Debitwesen des Letzteren zurückweisend.

Nachdem sodann noch die Duplik erfordert worden, wies das erste Erkenntniß vom 22. November 1855 die Klage als unbegründet zurück und verurtheilte den Kläger in die Kosten des Rechtsstreites, indem es die Liberation des Bürgen aus der citirten Bestimmung des Rostocker Stadtrechts ableitete. Auf Appellation des Klägers verurtheilte aber das Oberappellationsgericht mittelst Reformatorerkenntnisses vom 22. Mai 1857 den Beklagten zur Zahlung von 1166 Thlrn. 32 ßl. Cour. nebst Zinsen zu 5 Procent pro anno vom Tage der Insinuation der Klage an, bestätigte nur die Abweisung der für die frühere Zeit geforderten Zinsen und compensirte die Kosten der ersten und zweiten Instanz aus folgenden

Gründen:

1. Obwohl der Wechsel des wailand Kaufmanns G. L. B, d. d. Trinitatis 1821 — Anlage 10 ad [13] prior. — nur das allgemeine Bekenntniß des Valutenempfanges enthält, so ist derselbe doch, nach der durch die Verordnung vom 17. März 1838 bekräftigten Praxis, zur Klagebegründung zweifellos ausreichend.

vergl. v. Nettelbladt's Rechtssprüche, Bd. I. S. 111.

Auch ist das Klagefundament durch das Zugeständniß des Beklagten, sich für den fraglichen Wechsel verbürgt zu haben, liquid.

2. Die Einreden, aus welchen der Beklagte seine Befreiung von der übernommenen Bürgschaft herzuleiten sucht, sind nicht stichhaltig. Zunächst ist nämlich ganz klar, daß derselbe sich nicht bloß für die Dauer einer gewissen Zeit, sondern unbeschränkt für die mit einem bestimmten Fälligkeitstermine versehene Schuld seines Bruders verbürgt hat. Die Eingangsbestimmung des Art. 2 Thl. 3 Tit. 5 des Stadt-Rechts wird daher hier nicht anwendlich. Aus den in der rat. 2 sub c.

des vorigen Erkenntnisses hervorgehobenen Thatsachen geht zwar mit Evidenz hervor, daß der Gläubiger und der Hauptschuldner wegen des Fortbestandes der Schuld nach dem Fälligkeitstermine (Antonii 1822) mit einander einverstanden gewesen sind und damit das Schuldverhältniß vertragsmäßig auf unbestimmte Zeit prolongirt haben. Aus dieser Vereinbarung, mag dieselbe stillschweigend oder ausdrücklich erfolgt sein, läßt sich gemeinrechtlich eine Novation nicht ableiten. Denn die **additio temporis** reicht nach der ausdrücklichen Vorschrift der l. 8 **C. de novationibus** (8, 42) dazu nicht aus, und eben so klar ist dies rücksichtlich der Nebenvereinbarung, derzufolge die Schuld nach wie vor zu 5 Procent **pro anno** verzinst werden sollte. Eine Verwandlung der ursprünglichen **causa obligationis** wurde damit nicht bewirkt. Daß der Prolongationsvertrag einen über das Vorstehende hinausgehenden Inhalt gehabt habe, wird vom Beklagten nicht behauptet, selbstverständlich kann aber nicht auf den Beweis eines, überall nicht zum Ausdrucke gekommenen, **animus novandi** erkannt werden. Es steht demnach fest, daß keine Novation der ursprünglichen Schuld Statt gefunden hat, und bedarf es bei dem gegenwärtigen Stande der Theorie keiner weiteren Ausführung darüber, daß die Verbindlichkeit des Bürgen gemeinrechtlich nicht schon durch die bloße Thatsache der ohne Novation erfolgten Prorogation des für die Hauptschuld bestehenden Zahlungstermines aufgehoben wird.

vergl. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, Bd. 3, 6te Auflage S. 158.
Girtanner, Die Bürgschaft, S. 487.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen ꝛc. Bd. 7, S. 45 und 211.

3. Das vorige Erkenntniß leitet nun freilich aus dem Stadtrechte Thl. 3 Tit. 5 Art. 2 den Satz ab, daß, wenn der Gläubiger und der Schuldner sich nach abgelaufenem Zahlungstermine verglichen, der Bürge, sofern er nicht zugezogen worden, liberirt werden solle. Allein der im Art. 2 cit. gebrauchte Ausdruck: „die Geldsumma umschlagen" ist an sich unbestimmt und bezeichnet nur im Allgemeinen eine Veränderung des Schuldverhältnisses. Auch fehlt es an einem Grunde für die Annahme,

daß dem fraglichen allgemeinen Ausdrucke in dem Artikel die specielle Beziehung auf die Abänderung des Zahlungstermins gegeben sei, da hievon in den unmittelbar folgenden Worten die Rede ist. Wie man aber auch den streitigen Ausdruck deuten möge, so macht doch das Gesetz die Befreiung des Bürgen nicht allein von der ohne seine Zustimmung geschehenen Verlegung des Zahlungstermines auf eine andere oder geraume Zeit, sondern vielmehr davon, als einem wesentlichen Requisite, abhängig, daß der Schuldner sich mit dem Gläubiger einer neuen Schuldverschreibung auf eine andere und geraume Zeit ohne Beisein und fernere Einwilligung des Bürgen verglichen hat. Würde freilich gemeinrechtlich auch dies Requisit noch nicht genügen, um ohne Weiteres eine Novation und als Folge derselben die Befreiung des Bürgen zu bewirken, so folgt doch daraus Nichts gegen die Annahme, daß der Verfasser des Stadtrechts in Uebereinstimmung mit seinen Worten, Beides als die rechtliche Folge der Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung auf andere und geraume Zeit hat sanctioniren wollen. Unterstützt wird diese Annahme durch die ähnliche Vorschrift des Art. 10 Thl. 3 Tit. 1, daß der Gläubiger das Vorrecht des Wechsels im Falle der Prolongation behalten soll, es wäre denn, daß er sich einen ganz neuen Wechsel hätte geben lassen. Endlich ist es von Wichtigkeit, daß es sich um eine singuläre Bestimmung handelt, bei deren — nach allgemeinen Grundsätzen nicht gerechtfertigter — extensiver Interpretation sich ein, immer weiter vom gemeinen Rechte abweichendes Resultat ergiebt. Muß demnach der Art. 2 cit. ganz in dem dargelegten wörtlichen Sinne verstanden werden, so kann nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten von einer Anwendlichkeit desselben im vorliegenden Falle nicht die Rede sein.

4. Da der Beklagte auf das **beneficium excussionis** verzichtet hatte, so stand es von vorn herein zur freien Wahl des Gläubigers, ob er seine Befriedigung durch Ausklagung des Bürgen oder des Hauptschuldners suchen wollte. Diesem freien Wahlrechte des Gläubigers gegenüber kann sich der in

Anſpruch genommene Bürge, der Natur der Sache nach, nicht darauf berufen, daß Erſterer ſelbſt durch eine ſchuldvolle Zögerung die erfolgreiche Belangung des Hauptſchuldners unmöglich gemacht habe; vielmehr wird auf den Beklagten der Ausſpruch der l. 62 D. de fidejussoribus (46, 1) unmittelbar anwendlich, da das Verhältniß ſeiner Verbindlichkeit zu derjenigen des Hauptſchuldners bei dem vorliegenden Verzichte auf das beneficium excussionis ohne Rückſicht auf das durch die Nov. 4 eingeführte neue Recht zu beurtheilen iſt.

Durch das Vorſtehende erledigen ſich zugleich die Einwendungen, welche der Beklagte aus der Einwilligung des Klägers und des Vaters deſſelben in die vergleichsmäßige Beilegung des G. L. B'ſchen Debitweſens und in die bei derſelben vorgekommenen Verzichte auf Forderungen der Maſſe herleitet.

Auch die Einrede der Verjährung iſt unbegründet. Da nämlich der Erblaſſer des Klägers und G. L. B. durch ihr, nach rat. 2 sub c. des vorigen Erkenntniſſes als zweifellos zu betrachtendes, Einverſtändniß über den Fortbeſtand der Schuld, nach Antonii 1822 ihr obligatoriſches Verhältniß auf unbeſtimmte Zeit prolongirten, ſo war der Erſtere nach dem Roſtocker Stadtrechte Thl. 3 Tit. 1 Art. 14 zur Klage gegen den Letzteren nur nach einer drei Monate vorher erfolgten Kündigung berechtigt, und muß das Gleiche hinſichtlich des Klagerechtes des Erſteren gegen den Bürgen angenommen werden, da eine animo donandi eingegangene Bürgſchaft nicht vorliegt, und folglich der Hauptſchuldner wegen des gegen ihn ſtatthaften Regreſſes des Bürgen ein eigenes Intereſſe daran hatte, daß die für ihn aus der erwähnten Prolongation begründete Einrede auch dem Bürgen zu Gute komme.

l. 21 §. 5, l. 27 §. 1, l. 32 D. de pactis (2, 14), l. 5 pr. D. de liberatione legata (34, 3).

Die Verjährung der Klage konnte daher eben ſo wenig gegen den Bürgen, wie gegen den Hauptſchuldner zu laufen beginnen, ſo lange die Betheiligten bei Unterlaſſung jeder Kündigung über den Fortbeſtand der Schuld einverſtanden waren und von dem Hauptſchuldner Zinſen gezahlt wurden. Seit der

letzten Zinszahlung ist aber die Zeit der dreißigjährigen Verjährung noch nicht abgelaufen.

In der älteren Litteratur ist allerdings mehrfach die Behauptung vertheidigt worden, daß die dem Hauptschuldner gegenüber herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung im Verhältnisse zum Bürgen, und zwar namentlich dann wirkungslos sei, wenn dieser dem **beneficium excussionis** entsagt habe.

Vgl. Carpzow, prt. I. decis. 34, Nr. 9.
Stryk, opera omnia, Vol. IX, disput. XIII, cap. IV. §. 5. (im Widerspruche mit Vol. IV, disput. XXV. cap. VI. nr. 109).

Allein mit Recht lehrt schon die Glosse **ad l. 29 §. ult. D. mandati (17, 1) verb. „fidejussor si solus"** ganz allgemein, daß durch die Unterbrechung der Verjährung gegen den Hauptschuldner die Verjährung gleichfalls dem Bürgen gegenüber unterbrochen werde, und auch unter den späteren Juristen fehlt es nicht an Vertheidigern der unbedingten Geltung dieses Satzes.

Hering, tractatus de fidejussoribus, cap. XX. §. 18 in fin.
Mevius, prt. IV. decisio 189.
Voet, commentar. ad tit. Pandectarum de fidejussoribus (46, 1), §. 36 in fin.
Brunnemann, commentar. in l. ult. C. de duobus reis (8, 40) et l. 11 D. de duobus reis (45, 2), nr. 3 ff.
Schilter, exercitationes ad Pandect. 45 §§. 61 und 62.
Walch, introduct. in controversias jur. civil. sect. 3. cap. 4. membr. 2. §. 21.
Vgl. Girtanner a. a. O. S. 477.

Genügt zur Rechtfertigung dieser letzteren richtigen Ansicht freilich die Berufung auf die **l. 5. C. de duobus reis (8, 40)** nicht, da das Gesetz nur von **duo rei promittendi** redet, und diese sowohl ihrem Begriffe nach, als auch nach dem Sprachgebrauche der Justinianeischen Constitutionen (vgl. **l. 28 C. de fidejussoribus, (8, 41)** von den **fidejussores** unterschieden werden, so ist doch das Verhältniß des Bürgen demjenigen des Correalschuldners im strengen Sinne des Wortes nahe verwandt (**cum rei locum obtineat**, vgl. l. 4 §. 1. **D. de fidejussoribus, 46, 1**), und wird seine Verbindlichkeit mit der-

jenigen des Hauptschuldners sogar durch ein noch engeres Band verknüpft, als die Verbindlichkeit eines **correus debendi** mit derjenigen des anderen; denn das Wesen der Bürgschaft besteht darin, daß Jemand als **accessio** dieselbe Schuld übernimmt, welche bereits in der Person des Hauptschuldners begründet ist.

Gajus III. §. 126.
ll. 32, 34, D. de fidejussoribus (46, 1).
l. 91 §. 4, D. de verborum obligationibus (45, 1).

Die Abhängigkeit, in welche die Verbindlichkeit des Bürgen durch ihr accessorisches Verhältniß zu der Obligation des Hauptschuldners tritt, bringt es als nothwendige Folge mit sich, daß, wenn in der Person des Letzteren Thatsachen zur Existenz kommen, welche das Klagerecht des Gläubigers gegen den Untergang sicher stellen, der Bürge sich eine Rückwirkung auf seine Schuld gefallen lassen muß.

argum. l. 24 §. 1 D. de usuris (22, 1).
l. 49 pr., l. 88, l. 91 §. 4 D. de verbor. obligationibus (45, 1).
l. 58 §. 1 D. de fidejussoribus (46, 1).

Die **l. 5 C. de duobus reis** (8, 40) hat also in Bezug auf **duo rei promittendi** nur dasjenige bestimmt, was rücksichtlich der Unterbrechung der Klage gegen den Bürgen schon aus der Natur der Sache folgt, und bedarf das Argument älterer Schriftsteller, daß die accessorische Natur der Bürgschaft durch den Verzicht auf das **beneficium excussionis** aufgehoben werde, keiner Widerlegung. Zu den im Voraufgegangenen dargelegten Gründen gegen die Haltbarkeit der Verjährungseinrede kommt endlich noch hinzu, daß die Forderung nach Ausweis der Debit-Acten in den Jahren 1830 bis 1832 gegen die Beneficialerben des Hauptschuldners, welche — mit Einschluß des jetzigen Beklagten — dieselbe anerkannten, gerichtlich verfolgt worden ist, unter allen Umständen aber die hiedurch bewirkte Unterbrechung der Verjährung auf den jetzigen Beklagten, als Bürgen, zurückwirken mußte.

5, Der Beklagte bestreitet hinsichtlich der Activlegitimation in [9] **prior.** S. 33 f. nur, daß der Kläger und seine beiden Brüder die **alleinigen** Erben ihres Vaters, so wie, daß der

Kläger und sein Bruder Carl die alleinigen Erben ihres Bruders Heinrich geworden seien, und basirt auf das behauptete Erbrecht des unehelichen Neffen des Klägers nur die Einrede der Pluspetition, indem er die Befugniß des Letzteren, den libellirten Anspruch zum dritten Theile geltend zu machen, anerkennt. Keine Beachtung verdient es, wenn der Beklagte, im Widerspruche hiemit, in [16] **prior.** S. 38 f. das Testament des Vaters des Klägers wegen der Präterition des unehelichen Enkels als nichtig bezeichnet, und es daneben in Zweifel stellt, ob der Kläger seinen Vater **ab intestato** beerbt habe. Denn da der Beklagte selbst nicht den mindesten Grund für einen Widerruf der zur Frage stehenden früheren Zugeständnisse anführt, so müssen diese nach bekannten processualischen Grundsätzen für den vorliegenden Rechtsstreit als maßgebend betrachtet werden. Es ist demnach als feststehend zu betrachten, daß der Kläger zu einem Drittheile (theils unmittelbarer, theils mittelbarer) Erbe seines Vaters geworden ist, und bedarf der Einwand des Beklagten nur hinsichtlich des an der Hälfte noch fehlenden Sechstheils der Prüfung. In dieser Beziehung sind aber für den Kläger die in Anlage 6 **ad** [1] **prior.** und in Anlage 8 **ad** [3] **ibid.** beigebrachten und vom Beklagten anerkannten Erbenzeugnisse entscheidend. Gemeinrechtlich steht nämlich die Beweiskraft derartiger öffentlicher, von der competenten obrigkeitlichen Behörde ausgestellter Atteste zweifellos fest. Sind nun freilich die Obrigkeiten durch die Verordnung vom 22. December 1829 zunächst nur auctorisirt worden, für die Zwecke der Hypotheken- und Stadtbücher Erbenzeugnisse auszustellen, so hat das Gesetz doch die nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Voraussetzungen keineswegs erleichtert, vielmehr aus Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs so strenge Requisite aufgestellt, daß die beweisende Kraft der nach Maßgabe dieser gesetzlichen Bestimmungen ertheilten Atteste bei Streitigkeiten über die Legitimation eines Erben zur Geltendmachung von Erbschaftsklagen ganz unbedenklich anerkannt werden muß. Dem Beklagten hätte es daher obgelegen, zur Widerlegung des Inhaltes der fraglichen Atteste relevante

Momente anzuführen. In dieser Beziehung aber ist sein Vorbringen in keiner Weise ausreichend, da er sich mit der Berufung auf die Existenz des außerehelichen Neffen des Klägers begnügt, und überall nicht mit der Behauptung hervortritt, daß dieser Verwandte des Letzteren, welcher **ipso jure** weder der Erbe seines mütterlichen Großvaters, noch seines Onkels werden konnte, das großväterliche Testament angefochten, oder bereits Ansprüche wegen der von dem Kläger und dessen Bruder, Carl M., angetretenen Erbschaft des Onkels rechtlich erhoben habe.

6. Der Anspruch des Klägers auf Verzugszinsen ist unbegründet. Denn mag auch die Behauptung desselben, daß der Beklagte im Juli 1833 gemahnt worden, factisch richtig sein, so kann doch nach Lage der Sache nur angenommen werden, daß Letzterer die Zahlung in der Ueberzeugung unterlassen hat, daß er aus der Bürgschaft nicht mehr verhaftet sei, wie vom Kläger in [1] prior. Seite 9 auch selbst anerkannt wird, daß der Verklagte den Versuch gemacht habe, seinen, des Klägers, Vater von der Unrechtmäßigkeit der Forderung zu überzeugen. Die Ansicht des Beklagten von dem Erlöschen seiner Verbindlichkeit beruhete auf einem Rechtsirrthume, und ein solcher kann an sich allerdings nur unter der Voraussetzung völliger Entschuldbarkeit als eine die **mora** ausschließende **justa causa** anerkannt werden.

vergl. l. 5. D. de rebus creditis (12, 1).
ll. 42, 63 D. de regulis juris (50, 17).
l. 24 pr. D. de usuris (22, 1).

Allein die Auslegung der im vorliegenden Falle entscheidenden Bestimmung des Stadtrechts war jedenfalls controverser und nicht unzweifelhafter Natur. Daneben wurde die Bedeutung der, angeblich am 4. Juli 1833 erfolgten Mahnung wesentlich dadurch abgeschwächt, daß der Erblasser des Klägers sich hinterdrein dazu herbeiließ, durch Vermittelung des Dr. St. zunächst nur eine Verständigung über die Sache mit dem Beklagten zu erstreben — vergl. Anlage 4 ad [1] prior. —, und daß derselbe ferner nach dem Versuche des Letzteren, ihn,

den Erblasser des Klägers, von der Unrechtmäßigkeit der Forderung zu überzeugen, nicht bloß von einer Wiederholung der Mahnung, sondern überhaupt von jeder weiteren Verfolgung der Sache bis zu seinem Lebensende abstand. In Beihalt aller dieser Umstände wurde der Beklagte, selbst wenn die angeblich am 4. Juli 1833 an ihn ergangene Aufforderung ein bestimmtes Zahlungsverlangen wirklich enthalten haben sollte, wohl zu der Annahme berechtigt, daß der klägerische Erblasser von diesem Verlangen wenigstens derzeit wiederum abstrahirt habe, und auch wenn diese Annahme etwa eine irrige gewesen sein sollte, so blieb dieser etwanige Irrthum für den Beklagten, jenem ganzen Zusammenhange nach, ein in dem Grade entschuldbarer, daß es gegen die **bona fides** angehen würde, aus jener angeblich am 4. Juli 1833 geschehenen Mahnung eine **mora** desselben als unbedingt begründet herzuleiten. Als vollends unstatthaft erscheint die Berufung des jetzigen Klägers auf eine von jener Zeit anhebende **mora** des Beklagten, wenn man den Inhalt des **sub C. ad** [21] **act. junct.** befindlichen Protocolles vom 21. Januar 1840 erwägt. Die M'schen Erben vergleichen sich in demselben mit dem Beklagten über eine Erhebung aus dem Debitwesen, und übernehmen **eventualiter** eine Zahlung an den Senator Z., ohne sich irgend Rechte gegen den Beklagten vorzubehalten; sie geben damit deutlich zu erkennen, daß sie derzeit an eine Klage gegen Letzteren überall nicht denken, und bestärken damit des Schuldners Annahme, Gläubigern gegenüberzustehen, welche von der Forderung der Zahlung absehen. Es war daher nur eine Verurtheilung wegen Proceßzinsen statthaft.

7. Die Kosten der vorigen Instanz mußten compensirt werden, da die für die Zeit vor dem Beginne des Processes geforderten, in ihrem Betrage dem libellirten Haupt-Anspruche gleichkommenden Verzugszinsen dem Kläger aberkannt sind, und dieselben bei einem so hohen Betrage nicht als ein für die Entscheidung über die Kosten einflußloser Nebenpunkt behandelt werden dürfen.

Die Compensation der Kosten der Appellations-Instanz entspricht der Determination über die Beschwerden.

Dieses Urtheil wurde in der Restitutionsinstanz nach Eingang eines im Resultate conformen Erachtens der Berliner Juristenfacultät unterm 3. Juni 1858 bestätigt. Bei Gelegenheit dieser Entscheidung sprach sich das Oberappellationsgericht über den Art. 2 Thl. 3 Tit. 5 des Rostocker Stadtrechts so aus:

3. — — — — — — — — — — —

Das Wort „umschlagen" wird noch heutzutage als Neutrum gebraucht, um eine wesentliche Veränderung zu bezeichnen. Scheller, im Deutsch-Lateinischen Handlexikon, giebt es wieder durch **mutari, variari.** Von den mehreren Bedeutungen, die es als Activum hat, sind hier nur möglich: vertauschen, umsetzen.

Vergl. Adelung, grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, Thl. 4 S. 814 und 815 sub voc. Umschlag, Umschlagen.

In der Mecklenburgischen Polizei-Ordnung vom 2. Juli 1572 Tit. von wucherlichen Contracten, Abs. 9 a. E. kommt der Ausdruck vor von Demjenigen, der um einen kleinen Verzug ein übermäßig Interesse fordert und mit der Hauptsumme steigt. Andere hier irgend mögliche Bedeutungen giebt es nicht. Die Geldsumme umschlagen heißt daher in Bezug auf die in einer Verschreibung ausgedrückte Schuldsumme, wörtlich verstanden: die Schuld der Summe nach verändern, Letztere in eine Andere umsetzen, gewöhnlich erhöhen. Nimmt man den Ausdruck, ohne ihn mit einer Verschreibung in Verbindung zu setzen, so weis't er auf eine Geldversur hin, und das eingeholte Erachten hält diese Bedeutung für die natürlichste, so daß darunter z. B. die Cession einer Geldforderung, das Wiederanlegen einer heimgezahlten Summe, das Gewinnen eines neuen Gläubigers für eine fällige Schuld, begriffen wird. Eine solche Versur ist hier auch nicht gemacht. Die weitere Bestimmung, daß der Schuldner mit dem Gläubiger über eine neue Schuldverschreibung, welche die Schuld auf eine andere Zeit als die bisherige Verschreibung es gethan, und auf eine

geraume Zeit setzt, trifft hier nicht zu, weil die alte Verschreibung unverändert geblieben ist. Mag auch eine bloße mündliche Beredung, wenn das Schuldverhältniß überhaupt nicht documentirt war, gleich wirksam sein, so kann sie doch, bei der Bestimmtheit der Vorschrift und in Zusammenhalt mit Thl. 3 Tit. 1 Art. 10, nicht von Gewicht sein, wenn die Contrahenten den alten Schuldschein bei Kraft erhalten haben. Die Meinung des Beklagten, daß hier nur von der Vereinbarung, daß eine neue Schuldverschreibung anzufertigen, gehandelt werde, hat sogar den Wortsinn gegen sich. Ist hier nun weder die Schuldsumme verändert, noch eine neue, die Fälligkeit wesentlich hinausschiebende, Schuldverschreibung gegeben, vielmehr der alte Wechsel, für den die Verbürgung geschehen, conservirt, so ist die Untersuchung nicht nöthig, ob der Artikel das Hauptgewicht auf den letzten Punkt legt, oder außerdem noch eine Veränderung der Schuldsumme zur Entfreiung des Bürgen verlangt. Daß der Artikel, indem er über Einen Fall determinirt, nicht andere Fälle der Novation ausschließt, versteht sich von selbst.

31.

Vertrag über Darleihung eines Capitals. — Folgen der Mora des künftigen Darlehusschuldners in Bezug auf die Herbeischaffung der versprochenen Realsicherheit. Bu. 888/1858.

Der Kammerdirector v. F. zu S. hatte dem Gastwirth B. zu C. zum Johannistermine 1857 eine Anleihe von 500 Thlr. zu 5 Procent pro anno zugesagt, dabei aber ausdrücklich vereinbart, daß dem B. das anzuleihende Capital erst nach voraufgängiger Intabulation auf dessen Wohnhaus gegen Aushändigung der Stadtbuchschrift hingegeben werden solle. Dem B. gelang es nicht, die Intabulation der 500 Thlr. während des Termines zu erwirken, er sah sich daher veranlaßt, wiederholte Fristbitten an den Kammerdirector v. F. zu richten, wobei er in einem vom 3. Juli 1857 datirten Schreiben als Grund der Verzögerung angab, daß das Haus, auf welches das

Capital eingetragen werden sollte, noch nicht auf seinen Namen umgeschrieben sei. Der Kammerdirector v. F. lehnte in Folge dessen die Realisirung des verabredeten Anleihegeschäftes ab und weigerte die Hergabe des Geldes, nachdem dem B. erst im August 1857 die Herbeischaffung der Stadtbuchschrift möglich geworden war. Letzterer trat deswegen gegen den Ersteren bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin mit einer Klage hervor, in welcher er die nachträgliche Auszahlung des fraglichen Capitals zu Antoni 1858 verlangte und zur Begründung seines Anspruches insbesondere ausführte, daß der Beklagte wegen der kurzen Verzögerung in Bezug auf die Erwirkung der Intabulation die Erfüllung seines Versprechens nicht habe ablehnen dürfen, zumal da er — Kläger — sich schon im Juli 1857 damit einverstanden erklärt habe, daß er die Zinsen vom Johannistermine jenes Jahres an zahlen müsse.

Nach verhandelter Sache wurde diese Klage in Uebereinstimmung mit den Anträgen des Beklagten durch das Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 30. October 1858 abgewiesen, und erfolgte auf Appellation des Klägers unterm 3. Febr. 1859 der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts, welcher sich auf folgende Gründe stützt:

Wenn der Appellant zunächst bei den Verhandlungen geäußert haben will, daß es für ihn nichts ausmachen werde, wenn er nicht gleich im Johannistermine, sondern erst einige Wochen nach dem Termine die 500 Thlr. erhielte; so kann dies nur dahin verstanden werden, daß er eventuell bereit sei, die beabsichtigte Anleihe für einen späteren Termin abzuschließen, oder dem Beklagten eine desfallsige Frist zu gewähren, verlor aber seine Bedeutung, wenn dieser das Geld schon im Johannistermine selbst zahlen konnte und wollte, und die Realisirung des Anleihegeschäftes demzufolge auf den Johannistermin festgesetzt ward. — Bei derartigen Geschäften, für welche zugleich ein bestimmter Erfüllungstermin verabredet wird, folgt nun aber daraus, daß dieser Termin nicht innegehalten wird, keinesweges ohne Weiteres, daß der säumige Theil, unter Erbietung zur Prästation des Interesses, auch später noch die Erfüllung be-

gehren kann; vielmehr wird in Fällen, wo die festgesetzte Erfüllungszeit als ein wesentlicher Bestandtheil des Geschäfts oder der bedungenen Leistung anzusehen ist, der Contrahent, dem nicht **tempestive** geleistet worden, unter Umständen für berechtigt gehalten werden müssen, eine spätere Erfüllung abzulehnen und **respective** zu verweigern.

Dies ist aber bei den zu einem der landesüblichen Zahlungstermine verheißenen hypothekarischen Anleihen als Regel anzunehmen, indem diese Termine zur Abwickelung derartiger Geschäfte bestimmt sind, daher auch die meiste Gelegenheit zur Unterbringung und Anleihe von Capitalien bieten, der Darleiher aber, der zu dem bestimmten Termine sein Geld disponibel macht, um so weniger verpflichtet sein kann, die für seine Verhältnisse oft bedeutenden Summen für den Darlehnsempfänger auf unbestimmte Zeit bereit zu halten, als einerseits eine spätere anderweitige Belegung mit Schwierigkeiten und Umständen verbunden sein kann, und anderer Seits der Darlehnsempfänger, dem jener das Geld nicht auf dessen persönlichen Credit, sondern nur gegen Hypothekenschein zu leihen beabsichtigte, ihm häufig für den Fall des Verlustes der bereit gehaltenen Summe nicht genügende Sicherheit bietet.

Wenn nun auch der Darlehnsgeber in der Regel nicht berechtigt ist, die Umschreibung des Hypothekenscheines im Termine zu verlangen, oder die Auszahlung von der vorherigen Umschreibung oder Intabulation abhängig zu machen, diese letztere vielmehr regelmäßig erst nach erfolgter Zahlung und nach dem Termine geschieht, so ist doch im vorliegenden Falle gerade ausdrücklich stipulirt, daß der Kläger das Geld erst nach zuvoriger Intabulation und gegen Aushändigung des Hypothekenscheins erhalten solle, dadurch aber zur Genüge bekundet worden, daß Beklagter ihm die fragliche Summe auf seinen persönlichen Credit auch nicht einstweilen anvertrauen, sondern sich nur gegen die bedungene Realsicherheit mit ihm einlassen wolle, und es darf daher um so weniger angenommen werden, daß derselbe sich hat anheischig machen sollen und wollen, die verheißene

Summe eventuell auf unbestimmte Zeit für ihn, den Kläger, disponibel zu halten.

Wenn er daher den Zahlungstermin verstreichen ließ, ohne die verheißene Summe gegen Aushändigung der bedungenen Stadtbuchschrift in Empfang zu nehmen und nach Ablauf desselben wiederholt Frist erbat, aus dem letzten desfallsigen Schreiben vom 3. Juli 1857 aber sich ergab, daß das Haus derzeit noch nicht auf seinen, des Klägers, Namen umgeschrieben war, Beklagter unter diesen Umständen aber gar nicht zu übersehen vermochte, ob und wann der Kläger im Stande sein werde, die bedungene Stadtbuchschrift zu liefern — wie solche denn auch erst nach länger als einem Monate ausgefertigt wurde —; so muß derselbe unter diesen Umständen für berechtigt geachtet werden, die nachträgliche Erfüllung des fraglichen Geschäftes abzulehnen und resp. zu verweigern.

32.

Die rechtzeitig in der Wohnung des abwesenden Schuldners erfolgte Kündigung eines Capitals ist ohne Rücksicht auf dessen persönliche Kenntniß wirksam. Da. 148/1840.

Ein auf Rückzahlung eines Capitals belangter Schuldner hatte der Klage den Einwand entgegengestellt, daß die (im Antonitermin 1838 — übrigens rechtzeitig — erfolgte) Kündigung nicht an ihn selbst, sondern nur in seiner Wohnung an seine Ehefrau beschafft und im Laufe des Termins nicht zu seiner Kenntniß gelangt sei. Das Oberappellationsgericht verwarf diesen Einwand in dem Erkenntnisse vom 24. Jan. 1842, indem es die Thatsache, daß der Beklagte im Antonitermin 1838 abwesend gewesen, als zugestanden annahm und in den Gründen Folgendes ausführte:

— — — — — — — — — — — — —

4. Man muß zunächst den Gesichtspunkt festhalten, daß die Kündigung eines Capitals ihrer rechtlichen Natur nach lediglich eine einseitige, von der Acceptation des Schuldners durchaus unabhängige, Handlung des Gläubigers ist, durch welche dem Schuldner die Beendigung des zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnisses zu einer bestimmten Zeit, im Voraus angezeigt wird, und daß somit die rechtliche Wirkung einer solchen Kündigung an sich allein darin besteht, daß das bis dahin ohne bestimmten Endtermin bestandene Obligationsverhältniß nunmehr als Endtermin einen bestimmten **dies** erhält, zu einer **obligatio in diem** wird.

5. Hieraus ergiebt sich, daß die rechtlichen Erfordernisse einer gültigen Kündigung von den hinsichtlich der **mora** geltenden Grundsätzen nur in so fern abhängen, als nach erfolgter Kündigung und von Seiten des Schuldners demnächst nicht geschehener Erfüllung vom Gläubiger, außer den aus dem gekündigten Obligationsverhältnisse selbst bereits originirenden Forderungen, noch die durch die **mora** begründeten besonderen Ansprüche wider den säumigen Schuldner geltend gemacht werden, und daß also im gegenwärtigen Rechtsstreite, in welchem von den Klägern lediglich auf Berichtigung der aus dem contractlichen Verhältnisse selbst entstandenen Capitalforderung mit den vertragsmäßigen Zinsen, und keinesweges auch außerdem auf sonstige Ansprüche libellirt ist, welche erst durch die bisherige Nichterfüllung der **obligatio** ihr Dasein erlangt haben würden, jene rücksichtlich der **mora** normirenden Bestimmungen sich als gänzlich unanwendlich herausstellen.

6. In Bezug auf diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen dem Gläubiger das Recht zusteht, dem zwischen ihm und dem Schuldner bereits vorhandenen Obligationsnexus durch eine einseitige, von der Acceptation des Schuldners unabhängige Handlung eine beschränkende Bestimmung zu verleihen, findet sich nun aber in den Gesetzen der durchgreifende Grundsatz anerkannt, daß es auf eine persönliche Kenntniß des Schuldners von dieser Handlung nicht ankommt, sobald der Gläubiger wegen Abwesenheit des Schuldners, oder aus einem sonstigen,

dem Gläubiger nicht zu imputirenden, Grunde nicht im Stande ist, jenem diese persönliche Kenntniß zu verschaffen, und daß namentlich die in der Wohnung des abwesenden Schuldners und an dessen Hausgenossen geschehene Ausübung der Handlung zur Vollständigkeit derselben ausreicht.

l. 56 §. 6 D. de evictionibus. (21, 2)
l. 1 §. 1 und 3 in fin. D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3)
l. 4 §. 5 und 6 D. de damno infecto (29, 2)
l. 5 §. 2 D. quod vi aut clam (43, 24).

7. Die diesem Grundsatze unterliegende **ratio** ist die, daß die Abwesenheit des Schuldners selbst da, wo dieselbe nicht vorsätzlich zu dem Zwecke erfolgte, den Gläubiger in der Ausübung seines Rechts zu hindern, dennoch diesem unter keinen Umständen, und in so weit derselbe solches nicht selbst verschuldet, zum Nachtheil gereichen soll.

l. 2 C. de annali exceptione (7, 40).

Gewinnen soll der Gläubiger Nichts, aber auch in seinen bereits wohlbegründeten Rechten Nichts verlieren, gerade ein solcher Verlust würde aber eintreten, wenn bei dergleichen Rechtsverhältnissen die persönliche Wissenschaft des, selbst abwesenden, Verpflichteten ein unbedingtes Erforderniß der Gültigkeit jener, dem Gläubiger wohlbefugt zustehenden Handlung ausmachte.

8. Diese **ratio legis** trifft auf das Verhältniß der Kündigung vollkommen zu, denn die dem Gläubiger contractlich zustehende Befugniß, durch die Kündigung für das bis dahin ohne bestimmten Endtermin bestandene Obligationsverhältniß einen solchen **dies** festzusetzen, würde diesem durch die Abwesenheit des Schuldners entzogen sein, wenn die persönliche Wissenschaft des Letzteren von der erfolgten Ausübung der Handlung zur Gültigkeit derselben unbedingt wesentlich wäre. — — — —

33.

1. Ueber die Erforderniſſe der Uebereignung von Schiffsparten.

2. Ueber die rechtlichen Folgen des caſuellen Unterganges einer von einem und demſelben Verkäufer zweimal verkauften Sache. Bo. 775/1854.

Die thatſächlichen Vorausſetzungen des Proceſſes, welcher zur Erörterung der obigen Rechtsfragen Veranlaſſung gegeben hat, ſind aus den Entſcheidungsgründen des Appellations-Erkenntniſſes vollſtändig zu entnehmen. Einer ſpeciellen Geſchichtserzählung wird es daher nicht bedürfen, jedoch mögen einige allgemeine Bemerkungen hier Platz finden.

Wie die hieſigen Rhedereicompagnien regelmäßig zu Stande kommen, iſt bereits im erſten Bande dieſer Sammlung S. 62 ff. mitgetheilt worden. Nach Vollendung des Schiffes pflegt jedem Vereinsmitgliede eine ſog. Eigenthumsacte eingehändigt zu werden, d. h. eine vom Schiffer als Bauunternehmer ausgeſtellte und vom Correſpondentrheder mitunterzeichnete Urkunde, in welcher der einzelne namentlich angeführte Rheder als Miteigenthümer des Schiffes zu einem gewiſſen ideellen Antheile anerkannt wird. Iſt eine Schiffsparte veräußert, ſo übergiebt der Veräußerer ſeine mit einem ſchriftlichen Ceſſionsvermerke verſehene Eigenthumsacte dem neuen Erwerber, welcher dieſelbe dem Correſpondentrheder vorlegt. Dieſer unterſchreibt zum Zeichen, daß er von der geſchehenen Ceſſion Kenntniß erhalten habe, und gibt die Acte zurück. Da dieſe ganze Operation den Zweck hat, den Ceſſionar zum Eigenthümer zu machen, ſo könnte es auf den erſten Blick ſcheinen, als ob die Hingabe der cedirten Urkunde als eine Art von ſinnbildlicher Tradition der veräußerten Sache ſelbſt aufgefaßt würde. Dies iſt indeſſen durchaus nicht der Fall, wie ſchon daraus erhellt, daß die Eigenthumsacten keineswegs für unentbehrlich gelten. Sie ſind Beweisdocumente, dienen als Legitimationspapiere und gereichen weſentlich zur Erleichterung des Verkehrs, haben aber nicht die Function, eine juriſtiſch unerläßliche Form zu erfüllen und werden nicht einmal ausnahmslos den Rhedern ertheilt. Zur

Uebereignung veräußerter Parte wird daher jede bestimmte Erklärung des auf die Besitzübertragung gerichteten Willens der Contrahenten wenigstens dann für genügend gehalten, wenn die entsprechende Benachrichtigung des Correspondentrheders hinzukommt. Ist dieser selbst der Acquirent, so wird dann auch die besondere Anzeige überflüssig. Aus diesen Prämissen hatte im vorliegenden Rechtsfalle der erste Richter den Schluß gezogen, daß der Beklagte schon im Momente der Perfection des unbedingten und unbetagten Kaufcontracts Eigenthümer der gekauften Parte geworden sei. Darin konnte ihm nach Lage der Sache nicht beigestimmt werden. Da nun die Kläger den dem Beklagten verkauften Schiffsantheil hinterher noch ein Mal verkauft und dem zweiten Käufer in der vorhin beschriebenen herkömmlichen Weise übereignet hatten, so entstand die Frage, ob sie unter diesen Umständen, nachdem sie durch den zufälligen Untergang des Schiffes von ihren Verbindlichkeiten als Verkäufer frei geworden waren, den Kaufpreis vom Beklagten fordern könnten. Nach der herrscheuden Meinung, welcher der erste Richter gefolgt war, würde diese Forderung allerdings begründet sein. Für jeden der beiden von einander unabhängigen Kaufverträge gilt ja die bekannte Regel, daß der Käufer die Gefahr trage, daß mithin der casuelle Untergang des Objects die Pflicht zur Lieferung dem Verkäufer abnehme, ohne ihm das Recht auf den bedungenen Preis zu entziehen. Daraus scheint zu folgen, daß Derjenige, welcher eine Sache zwei Mal verkauft hat, dieselbe nach deren zufälligem Untergange ohne irgend eine Gegenleistung doppelt bezahlt erhalte, und diejenigen Schriftsteller, welche sich hierüber ausgesprochen haben,

Ihering, Abh. aus dem röm. Rechte. S. 59, 71.

Stoffregen in Osenbrüggens Dorpater juristisch. Studien, 1849, S. 84 ff.

F. Mommsen, Beiträge zum Obligationen-Rechte, I. §. 25 not. 16.

Desselben Erörterungen aus dem Obligationen-Rechte, I. S. 110.

Windscheid in der Heidelberger kritischen Zeitschrift. II. S. 134.

kommen zu diesem Resultate, obwohl dasselbe den Anforderungen der Gerechtigkeit entschieden widerspricht. Zu einer erschöpfenden Behandlung dieses interessanten Problems bot die Entscheidung

des gegebenen Falles keine Gelegenheit, weil schon der Umstand, daß die Kläger dem zweiten Käufer tradirt und dadurch die directe Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aus dem ersten Verkaufe sich selbst unmöglich gemacht hatten, zu Gunsten des Beklagten den Ausschlag geben mußte. Aus jenem Contractsbruche entstand nämlich für ihn nicht bloß eine mit der **actio emti** geltend zu machende Interessenforderung, sondern auch eine **exceptio doli** gegen die **actio venditi**, und wenn nun auch der nachher erfolgte Untergang des Schiffes den Verkäufer befreiete, also die **actio emti** aufhob, so blieb doch die **exceptio doli** von jenem Ereignisse ganz unberührt, da deren auf dem Contractsbruche beruhendes Fundament unverändert fortbestand und außerdem der von der physisch unmöglich gewordenen Leistung des Verkäufers unabhängige Zweck der Einrede, den Käufer seiner Verbindlichkeiten zu entheben, ein durchaus erreichbarer und berechtigter blieb.

Das Urtheil, zu welchem die nachstehenden Entscheidungsgründe gehören, ist am 7. December 1857 auf Appellation des Beklagten, welcher in erster Instanz zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt war, erlassen und weist die erhobene Klage ab.

Gründe:

1. Die Kläger haben ihren 16ten Theil im hiesigen Schiffe „Graf von Paris" am 27. August 1853 an den Beklagten, welcher Correspondentrheder war, verkauft, und darüber vom Beklagten die in der Anlage A. zur Klage befindliche Bescheinigung erhalten. Am 24. September 1853 verkauften sie denselben Antheil an H., C. u. Comp. in N., übertrugen Letzteren die Eigenthumsacte, und zeigten dem Beklagten solchen Verkauf und die Ueberlieferung des Schiffsparts an diese Käufer mit dem Ersuchen an, davon Anmerkung zu nehmen. Gleiche Meldung empfing Beklagter von H., C. u. Co. mittelst Schreibens vom 27. Sept., dem sie die ihnen überlieferte und auf sie indossirte Eigenthumsacte zur Anerkennung anschlossen. Aber Beklagter lehnte die Anerkennung mit Bezug auf den an ihn früher geschehenen Verkauf ab.

2. In Demjenigen, was Kläger hienach gethan haben, liegt kein Schritt zur Ausführung des mit dem Beklagten geschlossenen Kaufcontracts, dessen Perfection nach der Litiscontestation, der Anlage A. zur Klage und den beigebrachten, unter den Parteien gepflogenen außergerichtlichen Verhandlungen übrigens keinem Zweifel unterliegt. Zur Eigenthumsübertragung ist aber vor Allem erforderlich, daß der Verkäufer seinen Willen, den Käufer zum Eigenthümer zu machen, so wie dieser die Annahme direct oder indirect offenbare, und von dieser allgemeinen Regel hat man auch beim Verkaufe von Schiffsparten nie absehen dürfen, weil man, wenn auch der Verkehr, wegen der gewöhnlichen Unausführbarkeit des äußeren Actes der Tradition, diesen aufgegeben hat, damit doch nicht genöthigt ist, von dem wesentlichen Erfordernisse der Kundgebung jenes Willens abzustehen. Es kann nur zweifelhaft sein, ob dieselbe ausreicht, oder eine entsprechende Anzeige an den Correspondentrheder hinzutreten muß. Ist, wie hier, mit Letzterem selbst das Geschäft geschlossen, so fällt freilich solche besondere Anzeige weg, aber desto dringender muß zur Annahme des Eigenthumsüberganges verlangt werden, daß die stattgehabten Verhandlungen den hierauf gerichteten Willen der Contrahenten constatiren. Im vorliegenden Falle fehlt es hieran völlig; man sieht nur ein persönliches Verhältniß, dessen Erfüllung noch von beiden Theilen gewärtigt ward, und wie wenig Kläger daran gedacht, dem Beklagten das Eigenthum des Schiffspartes einzuräumen, zeigen geradezu die von ihnen nach dem Contracte vorgenommenen Handlungen und geschriebenen Briefe (cfr. insbesondere adj. nr. 2 ad [4] prior. verbis: „Es würde uns sehr leid thun, wenn Sie sich unangenehm dadurch berührt fänden, daß Sie unser $^1/_{16}$ vom Grafen von Paris nicht erhalten"). Demnach ist Beklagter nie Eigenthümer des gedachten Schiffspartes geworden, die desfallsige Aufstellung der Kläger also unbegründet.

3. Dagegen haben Kläger die zweiten Käufer, H., C. und Comp. zu Eigenthümern des Partes gemacht. Denn sie haben nicht bloß denselben in Folge des Kaufgeschäftes ihre über das

Part vorhandene Eigenthumsacte eingehändigt und schriftlich übertragen, sondern auch dem Correspondentreder, damit er davon Anmerkung nehme, den Verkauf vom 24. September und die gleichzeitige Ueberlieferung des Partes angezeigt, und andererseits haben H., C. und Comp. die Eigenthumsacte mit ihrer Legitimation dem Correspondentreder übersandt, damit er sie als Eigenthümer anerkenne. Nach einem, durch die Nothwendigkeit gerechtfertigten, unzweifelhaften Gebrauche genügt aber die vom Verkäufer geschehene Einhändigung und schriftliche Uebereignung der zu seiner Legitimation dienenden Schiffspapiere an den Käufer zur Eigenthums-Uebertragung,

Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 111.
Sammlung von Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen, neue Folge, Bd. 1 Nr. 18 S. 143 und 144,

jedenfalls dann, wenn die beiderseitige Anzeige an den Correspondentreder, unter Vorlegung der Legitimation des neuen Besitzers, hinzukommt. Dies Resultat ergiebt sich schon aus der eigenen klägerischen Deduction, und selbstverständlich kann die Verweigerung oder Verzögerung der Anerkennung Seitens des Correspondentreders, wenn sich derselbe dadurch auch Schadensansprüchen aussetzen mag, auf das einmal entstandene Recht keinen Einfluß ausüben.

Die Anführung der Kläger, daß nach Englischen Gesetzen erst durch Einregistrirung des neuen Eigenthümers in's Schiffsbuch Eigenthum übergehe, kommt hier nicht in Betracht, da sich solche etwanige Vorschrift nur auf Schiffe beziehen kann, über welche die Bücher in England geführt werden, es sich hier aber um ein Rostocker Schiff und die Frage handelt, ob die Eintragung in das hier geführte Schiffsbuch zum Eigenthums-Uebergange wesentlich sei.

4. In einem Schreiben vom 28. September äußerte Beklagter den Klägern sein Erstaunen über ihr Verfahren, und bat um die Eigenthumsacte, nach deren Empfang er ihnen, wie dies vereinbart worden, sofort den Betrag remittiren werde.

5. So stand die Sache, als das Schiff in der Nacht vom 1/2. October 1853 unterging, und es fragt sich, ob Kläger unter diesen Umständen den von ihnen später erhobenen Anspruch auf das Kaufgeld behalten haben. — Nun trifft freilich sowohl nach gemeinem, als nach hiesigem Stadtrechte (Thl. 3 Tit. 6 Art. 26), der nach Perfection des Kaufcontractes eintretende Untergang des verkauften Gegenstandes in der Regel den Käufer. Auch erlangt der erste Käufer aus der vom Verkäufer anderweitig geschehenen Veräußerung, beim Untergange der Sache, keinen Anspruch auf den von dem Dritten gezahlten Kaufpreis, oder auf den Werth der Sache, vielmehr ist der Verkäufer ihm nicht weiter verhaftet.

l. 21 D. de hereditate vel actione vendita (18, 4)
l. 45 D. de obligationibus et actionibus (44, 7)
Cujacii commentar. ad lib. XVI. quaest. Paul.

Damit ist aber die Frage nicht erledigt, ob andererseits der Käufer, wenn sein Verkäufer die Sache einem Dritten eigenthümlich tradirt hatte, und dieselbe unter diesen Umständen zu Grunde geht, den Kaufpreis zu zahlen habe, dieserhalb also dem Verkäufer verhaftet bleibe. Die Verneinung kann sehr wohl mit allen jenen Sätzen bestehen.

6. In den Quellen wird diese Frage nicht ausdrücklich behandelt. Sie geben den gedachten allgemeinen Rechtssatz. Sie bedrohen daneben den, welcher dieselbe Sache Zweien zu verschiedenen Zeiten verkauft, mit der Strafe des **falsum**,

l. 21 D. de lege Cornelia de falsis (48, 10)

und verpflichten ihn, wenn er sich durch Entäußerung außer Stand gesetzt hat, zu erfüllen, zur Leistung des Interesse.

l. 68 §. 2 D. de contrahenda emtione (18, 1)
l. 2 §. 5 D. de hereditate vel act. vend. (18, 4)
l. 6 C. eodem titulo (4, 39)
l. 4 C. de actionibus emti (4, 39).

Auch ist unzweifelhaft, daß Derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, dem Käufer, der in gutem Glauben gewesen, schon vor aller Eviction für das volle Interesse verhaftet wird, und dieser, ohne die Eviction abwarten

zu müssen, selbst die tradirte Sache zurückgeben und den gezahlten Kaufpreis zurückfordern darf.

l. 30 §. 1 D. de actionibus emti (19, 1)
Glück, Commentar, Thl. 16 S. 36, Thl. 20 S. 212 und 269.

Ganz das Nämliche tritt ein, wenn die Sache dem Verkäufer selbst vor der Tradition evincirt worden.

l. 3 D. de doli mali exceptione (44, 4)
Cujacii observat. lib. 25, cap. 26.

Der Rechtssatz, daß der Käufer die Gefahr trage, enthält Zweierlei, die Befreiung des Verkäufers von seiner contractlichen Leistung und den Fortbestand der Verpflichtung des Käufers. Die mit dem Untergange der Species entstandene Unmöglichkeit, sie zu liefern, erklärt das Erste vollständig, reicht aber nicht zur Rechtfertigung des Anderen aus. Für dieses ist vielmehr der Grund darin zu suchen, daß der Contract dem Verkäufer die Hände bindet. Er darf nicht mehr über die Sache disponiren, und hat sich Diesem in Rücksicht auf das ausgelobte Kaufgeld unterworfen. Giebt er dennoch das Eigenthum weg, so sagt er sich thatsächlich vom Contracte los und entbindet von nun an den Käufer der Gefahr, gegen deren Uebernahme Seitens des Letzteren der Verkäufer sich verpflichtet hatte, ihm die Sache treu aufzubewahren.

Thöl, Handelsrecht Bd. 1 §. 73 a. E.

Die Handlung macht dem Verkäufer die Erfüllung seines Contractes so lange unmöglich, bis er das Object wiedererworben hat. Er hat zur Zeit nicht einmal eine irgend begründete Hoffnung darauf, und so lange dieser Zustand dauert, so lange ist es sein eigener **dolus**, oder seine **culpa lata**, wodurch ihm die contractliche Leistung unthunlich geworden. Selbst wenn er in der Lage wäre, tradiren zu können, so würde doch der Käufer sich hierauf nicht einzulassen haben, vielmehr mittelst der **exceptio doli** die Klage mit Erfolg zurückweisen. Denn bei betrüglicher Absicht würde die Analogie der **l. 30 §. 1 D. de actionibus emti** (19, 1) und die Strafdrohung der **l. 21 D. de lege Cornelia** (48, 10) zutreffen, und handelte er in der Meinung, daß dem Käufer an dem Geschäfte Nichts liege, so

hat er um so gewisser den Willen an den Tag gelegt, diesen **ex nexu** zu lassen.

8. Geht unter solchen Verhältnissen die Sache zu Grunde, so hat zwar der Zufall den Verkäufer um die denkbare Möglichkeit gebracht, sich den Gegenstand wieder zu verschaffen. Aber die Unmöglichkeit der Contractserfüllung war schon vorher da; sie war mit dem früheren Contractsbruche, zu dessen Heilung noch keine Miene gemacht war, eingetreten und bestand vollständig zur Zeit des **casus**. Dieser befreiet nur von einer Leistung, die eben durch denselben unmöglich geworden, und macht eben so wenig frühere nachtheilige Handlungen ungeschehen, als er die durch dieselben einmal begründeten Einreden aufhebt. So behält der Käufer, wenn der Zufall auch seine Interessenforderung vernichtet hat, doch die mit der Entäußerung des Eigenthums ihm gebotene **exceptio doli**.

l. 21 pr. D. de evictionibus (21, 2).

Einzelne Gesetze, z. B.

l. 5 §. 2. D. de rescindenda venditione (18, 5).

l. 15 D. de jure dotium (23, 8).

stellen freilich den Untergang des verkauften Objectes mit der Tradition vergleichend zusammen. Aber damit ist nur die Regel ausgedrückt, daß die Sache dem Käufer ebenso nach Perfection des Contracts, wie nach der Tradition, verloren gehe, und keinen Falls gemeint, daß Der, welcher sich durch Contractsbruch um die Möglichkeit zu tradiren gebracht hatte, beim Untergange der Sache so angesehen werden solle, als habe er tradirt.

9. Dieser Erörterung gemäß ist die erhobene Klage verwerflich. Denn die Kläger haben ihren fraglichen, an den Beklagten verkauften Schiffstheil demnächst an H., C. u. Comp. verkauft und übertragen, Solches auch dem früheren Käufer und Correspondentrheder notificirt, damit er sich danach richte. Das Schiff ist zu Grunde gegangen, ohne daß Kläger den Antheil wieder acquirirt hätten. Ob sie bei dem zweiten Verkaufe den ersten Handel übersehen gehabt, oder jenen in Rechnung auf die Nachsicht des Beklagten abschlossen — welches Beides in ihrem

Briefe vom 6. October 1853 (Anlagen nr. 2 ad [4] und nr. 5 ad [7] act. prior.) als die Ursachen hingestellt wird —, ob die zweiten Käufer den Kaufpreis gezahlt haben, oder von den Klägern ohne Weiteres liberirt worden, ändert in der rechtlichen Beurtheilung eben so wenig Etwas, als der von den Klägern behauptete Umstand, daß Beklagter die Parte an C. K. verkauft und das Kaufgeld empfangen, dieser dann die Parte versichert und die Versicherungssumme erhoben habe. Denn diese Geschäfte können als res inter alios actae zur Aufrechthaltung der erhobenen Klage nicht benutzt werden. Die aufgestellten Behauptungen lassen nicht einmal erkennen, daß dem Beklagten aus dem klägerischen Verfahren kein Schade erwachsen ist, indem die Angabe fehlt, wann, ob namentlich vor dem Untergange des Schiffes (der Brief vom 11. October ist nachher geschrieben) Beklagter wieder verkauft hat, wie groß das Kaufgeld gewesen und wie hoch versichert worden.

10. Gleich irrelevant ist die Replik der Kläger, daß Beklagter ihnen durch Retention der von H., C. u. Comp. ihm übersandten Eigenthumsacte deren Uebertragung an den Beklagten unmöglich gemacht habe, indem es den Klägern bei ihrem freundschaftlichen Verhältnisse zu den damaligen Eigenthümern leicht geworden wäre, dem Beklagten ein gehöriges Indossament zukommen zu lassen. Denn theils konnten die schriftlichen Erklärungen, die hiezu nöthig waren, auch ungeachtet jenes Umstandes abgegeben werden, theils zeigt die Antwort, welche Kläger auf des Beklagten Schreiben vom 28. Septbr. unterm 6. October — wo das Schiff schon untergegangen war — gaben, so wie der Brief von H., C. u. Comp. vom 7. Oct., daß bis dahin zur Erwirkung solches Indossaments Nichts geschehen war, und wie wenig dasselbe in der Intention der Kläger und der damaligen Eigener gelegen. Nicht einmal ein Erbieten erfolgte, ungeachtet Beklagter in dem Briefe vom 28. September um Ueberlieferung der Eigenthumsacte die Kläger ersucht hatte.

Die Kläger legten hiegegen das Rechtsmittel der Restitution ein. Auf ihren Antrag wurde eine auswärtige Juristen-

Facultät (Gießen) zu Rathe gezogen, welche für Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses stimmte, indem sie den darin enthaltenen Erklärungen vollständig beitrat und weiter noch zu zeigen suchte, daß nach der Intention des römischen Rechts der Verkäufer nach erfolgtem Untergange der zwei Mal verkauften Sache doch immer nur einmal den Kaufpreis fordern könne, möge er den zweiten Vertrag **bona** oder **mala fide** abgeschlossen und Einem der Käufer bereits tradirt haben oder nicht. Ohne auf diese Deduction näher einzugehen, bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 4. April 1859 sein voriges Urtheil aus folgenden

Gründen:

1. Daß Eigenthum und Besitz der verkauften Sache nicht schon in Folge des Abschlusses des Kaufcontracts, sondern erst durch die Tradition auf den Käufer übergehen, unterliegt da, wo beide Momente schon der Zeit nach auseinanderfallen, überall keinem Zweifel. Daraus folgt aber auch, daß in solchen Fällen, in denen es einer besonderen Uebergabe, weil die Sache sich bereits in der Detention des Käufers befindet, oder aus anderen Gründen, nicht bedarf, der Eigenthumsübergang zwar gleichzeitig mit dem Vertragsabschlusse erfolgen kann, wenn dies der Wille der Contrahenten ist, daß dies aber nicht eine nothwendige Folge des Vertragsabschlusses, sondern nur des auf sofortige Tradition gerichteten Willens der Contrahenten ist, und daß daher im einzelnen Falle zu ermitteln bleibt, ob die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet war. — Dies ist im vorliegenden Falle nicht anzunehmen. Zur Uebertragung von Schiffsparten bedarf es allerdings einer Tradition in Gegenwart des Schiffes nicht, vielmehr wird dieselbe in der Regel auf die Weise vollzogen, daß die Eigenthumsacte dem Käufer cedirt und der Correspondentrheder von der erfolgten Uebertragung in Kenntniß gesetzt wird. Mag nun auch zugestanden werden, daß das Eigenthum an Schiffsparten auch in anderer Weise übertragen werden kann, so darf doch bei der Ueblichkeit jener Form und bei der Verpflichtung des Verkäufers zur Ausantwortung der Eigenthumsacte an den Käufer nicht ohne Weiteres

präsumirt werden, daß die Absicht der Contrahenten auf sofortige Uebertragung des Verkaufsobjectes gerichtet gewesen sei, und läßt im Uebrigen die zwischen den Parteien nach dem Abschlusse des Vertrags über diesen Gegenstand gepflogene Correspondenz keinen Zweifel, daß jene Absicht im vorliegenden Falle nicht vorhanden war. — Es ist demnach, wie auch das von der Juristen-Facultät zu Gießen eingeholte Erachten anerkennt, in der **sententia contra quam** mit Recht angenommen, daß das Verkafusobject dem Beklagten nicht, wohl aber H., C. u. Comp. tradirt worden sei.

2. Daß nach Römischem Rechte die Gefahr nach Abschluß des Kaufcontractes den Käufer treffe, ist unbestritten, und kann nach Lage der Sache die Frage, auf welchen Gründen dieser Satz beruhet, dahingestellt bleiben. — Ebenso muß als richtig anerkannt werden, daß, wenn der Verkäufer dieselbe Sache zweien verschiedenen Personen verkauft, der Abschluß des zweiten Kaufcontracts auf den Bestand des ersten ohne Einfluß bleibt. Ein solcher zweimaliger Verkauf kann, wenn er in betrügerischer Absicht geschah, allerdings unter die **lex Cornelia de falsis** fallen. Eine betrügerische Absicht darf dabei aber nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden, ist auch im vorliegenden Falle nicht anzunehmen, und es muß somit jeder der beiden Verträge, ohne Rücksicht auf den andern, als gültig angesehen werden. Der Verkäufer ist daher jedem der beiden Käufer gegenüber zur Forderung des Preises berechtigt und zur Tradition verpflichtet, und hat dies beim gewöhnlichen Verkaufe der Sache auch nichts Befremdliches, da der Verkäufer den Preis nur gegen Erbieten zur Tradition zu fordern berechtigt ist, und im Uebrigen nur die Folgen seines Verschuldens trägt, wenn beide Käufer die Sache fordern, und er, nachdem er dieselbe dem einen Käufer tradirt hat, dem anderen gegenüber zur Leistung des Interesses verurtheilt wird.

3. Zweifelhafter kann die Entscheidung werden, wenn die Sache, bevor sie einem der Käufer tradirt, oder der Verkäufer **in moram** versetzt war, durch **casus** untergeht. In dem Er-

achten der Juristen-Facultät zu Gießen wird anerkannt, daß der Verkäufer in diesem Falle beiden Käufern gegenüber von seiner Verpflichtung liberirt wird, dagegen die **actio venditi** gegen beide behält; jedoch angenommen, daß, sobald er den Preis von dem einen derselben erlangt hat, der andere Käufer nach dem auch bei anderen Verhältnissen, namentlich bei dem Miethsvertrage zur Anwendung kommenden Billigkeitsgrundsatze: **ne bis idem exigatur,** von seiner Verpflichtung befreiet wird. — Eines näheren Eingehens auf diese Frage und die in dem Erachten dafür angeführten Gründe bedarf es jedoch nicht, da dieser Fall hier nicht zur Entscheidung steht.

4. Im vorliegenden Falle ist nämlich dadurch, daß die Kläger das Verkaufsobject schon vorher an H., C. u. Comp. tradirt hatten, eine andere Sachlage herbeigeführt worden, welcher gegenüber Nichts darauf ankommt, ob dieselben zu dem Abschlusse des zweiten Verkaufes durch einen Irrthum hinsichtlich des ersten Verkaufs veranlaßt worden sind. — So lange der Verkäufer das Verkaufsobject nicht tradirt hat, auch nicht **in moram** versetzt ist, hat er allerdings die Wahl, welchen der beiden Käufer er gegen Tradition der Sache zur Zahlung des Preises anhalten will. Sobald er aber dem einen Käufer tradirt hat, befindet er sich nicht mehr in der Lage, den andern mit Effect zu belangen; vielmehr gestaltet sich das Rechtsverhältniß zu diesem nunmehr so, daß der Käufer seinerseits nach wie vor auf Erfüllung klagen kann, der Klage des Verkäufers aber, da dieser sich durch die Tradition außer Stand gesetzt hat, zu erfüllen, die **exceptio doli** entgegensteht, und es liegt in der Natur der Sache, daß diese Lage, in welche der Verkäufer sich durch seine eigene Handlungsweise versetzt hat, so lange dauert, bis er durch Wiedererwerb der veräußerten Sache sich die Möglichkeit verschafft hat, den Contract zu erfüllen.

5. Wenn nun in dieser Sachlage das Verkaufsobject durch einen, mit der geschehenen Tradition in keinem Causalnexus stehenden **casus** untergeht, so muß davon ausgegangen werden, daß der **actio venditi** schon vor dem Eintritte jenes **casus**

die **exceptio doli** entgegenstand, und daß der casuelle Untergang nur ein neu hinzutretendes Moment ist, welches einer Seits den Wiedererwerb der Sache, anderer Seits aber auch die Erfüllung der verkäuferischen Verpflichtung unmöglich macht. Die Folge davon ist, daß einer Seits der Verkäufer mit der **actio emti** nicht weiter belangt werden kann, weil die verkaufte Sache jetzt durch einen, vom Verkäufer nicht verschuldeten **casus** untergegangen und dadurch die Leistung unmöglich geworden ist, daß aber anderer Seits das rücksichtlich der **actio venditi** schon vor dem Untergange der Sache eingetretene Verhältniß unverändert fortdauert. Denn der casuelle Untergang der Sache hebt allerdings, **quia impossibilium nulla obligatio**, diejenige Verpflichtung auf, deren Erfüllung dadurch unmöglich geworden ist; er tangirt aber die **actio venditi** nicht, und verleiht dem Verkäufer in Beziehung auf diese keine Rechte. Es werden daher die voraufgegangene contractswidrige Handlung des Verkäufers und deren Folgen durch jenen **casus** nicht beseitigt, da die Sache nicht beim Verkäufer, sondern bei dem andern Käufer, dem sie tradirt war, untergegangen ist, und der Verkäufer auch ohne den Eintritt des **casus** den Contract nicht hätte erfüllen können.

Daß die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen dieser Entscheidung nicht entgegenstehen, ist bereits in der **sententia contra quam** ausgeführt, und stimmt auch das Erachten der Juristen-Facultät zu Gießen hiemit überein.

34.

Für die formelle Gültigkeit eines Wechsels ist die ausdrückliche Angabe der Jahreszahl bei der Bestimmung der Zahlungszeit nicht unbedingt nothwendig. Ae. 165/1857.

In dem Rechtsstreite, welchen der Einwohner A. zu W. als Kläger bei dem Amtsgerichte Mecklenburg-Redentin wider den Häusler B. zu N. als Beklagten erhoben hatte, entstand die Frage, ob ein von dem Letzteren ausgestellter Wechsel d. d. 12. Juni 1857 um deswillen ungültig sei, weil das Zahlungsversprechen lediglich auf den 28. Juni (ohne Hinzufügung einer Jahreszahl) gerichtet war. In Uebereinstimmung mit dem Gerichte erster Instanz erklärte das Oberappellationsgericht mittelst Erkenntnisses vom 12. Sept. 1857 (unter Aufhebung der in zweiter Instanz ergangenen abweichenden Entscheidung der Justiz-Canzlei zu Rostock) den Wechsel aus folgenden Gründen für gültig:

1. Wenn die Allgemeine Wechsel-Ordnung Art. 4 sub 4 zwar die Festsetzung der Zahlungszeit auf einen bestimmten Tag als Voraussetzung für die Gültigkeit des Tagwechsels vorschreibt, so giebt sie doch keine weiteren formellen Vorschriften über die Art und Weise, in welcher der fragliche Tag bestimmt werden soll, und darf die ebendaselbst sub 6 für die Angabe der Ausstellungszeit sanctionirte Form um so weniger auf die Bezeichnung des Zahlungstages übertragen werden, da die Protocolle der Wechselconferenz nicht im Entferntesten ergeben, daß die Intention bei der Berathung des Entwurfes hierauf gerichtet gewesen ist.

Vergl. die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Wien und des Geheimen Obertribunals zu Berlin im Archiv für Wechselrecht, Bd. 3 S. 331 f. und Bd. 4 S. 191.

2. Es kommt daher nur darauf an, ob der in dem libellirten Wechsel enthaltene Zahlungstag, ungeachtet der unterlassenen Hinzufügung einer Jahreszahl, als mit voller Bestimmtheit bezeichnet anzuerkennen ist. Diese Frage ist zu bejahen.

Denn es entspricht der gewöhnlichen Ausdrucksweise, die Jahreszahl nur dann nicht hinzuzufügen, wenn mit dem angegebenen Monatstage der nächstkommende von Zeit des Zahlungsversprechens gemeint ist. In mündlicher Rede ist dies kaum anders, und wenn das Zahlungsversprechen so, wie es hier geschrieben worden, am 12. Juni d. J. mündlich gegeben wäre, so würde man nicht zweifeln dürfen, wie es zu verstehen sei.

Vergl. l. 41 pr. §. 2 D. de verbor. obligationibus (45, 1).

Ein Ausdruck, welcher in mündlicher Rede deutlich ist, muß auch in der Schriftsprache für bestimmt gelten, und kann auf die bloße Möglichkeit kein Gewicht gelegt werden, daß die Urkunde etwa durch die auf einem Schreibfehler beruhende Auslassung einer Jahreszahl einen von dem wirklichen Willen des Ausstellers abweichenden Inhalt erhalten habe.

35.

Zu §. 4, 6 und §. 96, 6 der Wechselordnung.

Lo. 482/1857.

Der Kaufmann L. klagte aus einem auf ihn lautenden eigenen Wechsel gegen die Aussteller desselben und wurde **a limine judicii** zurückgewiesen, weil in dem Wechsel zwei verschiedene Angaben von Ort und Zeit der Ausstellung sich vorfanden. Ueber dem Texte der Urkunde war nämlich dem lithographirten Ortsnamen Rostock das Datum vom 16. October 1857 beigesetzt, der Unterschrift aber Krakow als Ort und der 17. Oct. 1857 als Zeit der Vollziehung hinzugefügt. Obwohl nun der Kläger erläuternd bemerkte, er selbst habe das zu dem Wechselbriefe benutzte Formular ausgefüllt, den Beklagten, welche ihm die Wechselsumme schuldig geworden seien, zur Unterschrift zugeschickt und von ihnen vollzogen zurückerhalten, so daß nunmehr die von dem Unterzeichner, offenbar eigenhändig, hinzugefügte Bezeichnung von Ort und Datum als die allein richtige anzusehen sei und zu gelten habe, inhärirte das Gericht doch

der sofortigen Abweisung, und das Oberappellationsgericht bestätigte auf Querel des Klägers durch Bescheid vom 25. November 1857.

Gründe:

Nach §. 96 nr. 6 der Wechselordnung gehört die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Ausstellung zu denjenigen wesentlichen Erfordernissen eines eigenen Wechsels, von deren Vorhandensein nach dem im §. 98 nr. 1 angezogenen §. 7 die rechtliche Bedeutung der ganzen Wechselurkunde als solcher abhängt. Finden sich nun zwei einander widersprechende Angaben von Ort und Zeit der Ausstellung, so entsteht daraus eine Ungewißheit, welche in Ermangelung einer gesetzlichen Lösung, wie eine solche für mehrfache verschiedene Bezeichnungen der Summe im §. 5 gegeben ist, für die übrigen Essentialien des Wechsels aber fehlt, nicht gehoben werden kann, und deshalb dahin führen muß, beide Angaben für nicht geschrieben zu achten. Im vorliegenden Falle ist es allerdings vollkommen glaublich, daß die von ihm, dem Querulanten, in [2] Magistr. erzählte Entstehungsgeschichte des libellirten Wechsels, wonach die Datirung „Krakow, den 17. October 1857" die richtige sein würde, dem wahren Sachverhalte entspricht, allein das Gesetz fordert für alle wesentlichen Bestandtheile eines Wechsels urkundliche Gewißheit, welche keiner Erläuterung irgend einer Art bedarf.

36.

Ueber die rechtliche Bedeutung der Indossirung eines eigenen Wechsels auf Einen der mehreren Aussteller. Bu. 832/1856.

Ein mit drei Unterschriften versehener eigener Wechsel, in welchem die Aussteller sich zum gemeinsamen Empfange der Valuta von 300 Thalern bekannt hatten, war nach Verfall von Einem derselben eingelöst worden. Der Zahler hatte den

Wechsel nicht quittiren, sondern auf sich indossiren lassen und demnächst weiter begeben, worauf sein Indossatar gegen einen der beiden anderen Mitaussteller die ganze Wechselsumme nebst Verzugszinsen einklagte. Der erste Richter verurtheilte den Beklagten, der unter Anderem behauptet hatte, daß er nur aus Gefälligkeit als Bürge für den Indossanten des Klägers unterzeichnet habe, zur Zahlung von zwei Drittheilen des Libellats **cum usuris**, das Oberappellationsgericht reformirte aber auf beiderseitige Appellation durch Urtheil vom 10. Januar 1857 dahin: daß die erhobene Klage zu zwei Dritteln der Wechselsumme rein abzuweisen und Beklagter nur schuldig sei, ein Drittel nebst Verzugszinsen **ad depositum judiciale**, oder an den Kläger gegen rechtsgenügliche Caution **de eventualiter restituendo** zu bezahlen, dem Beklagten jedoch vorbehalten bleibe, **salva reprobatione, in separato** rechtlicher Art nach darzuthun:

> daß seine Mitunterschrift des libellirten Wechsels nur die Bedeutung einer für den klägerischen Indossanten übernommenen Bürgschaft habe,

welchen Falles die Klage ganz abzuweisen sei.

Gründe:

1. — — — — — — — — — — —

2. Die Wechsel-Ordnung erklärt im §. 10 (**conf.** §. 98 **nr.** 2) das dem principalen Wechselschuldner, also dem Acceptanten einer Tratte, oder dem Aussteller eines eigenen Wechsels, von dem Wechselgläubiger ertheilte Indossament für ein gültiges, und will dasselbe daher in seiner rechtlichen Wirksamkeit von einer, alle auf dem Wechsel contrahirten Obligationen tilgenden Quittung unterschieden wissen. Diese gesetzliche Bestimmung läßt sich auf den regelmäßig vorauszusetzenden Fall, daß die Begebung vor dem Verfalltage stattgefunden hat, ohne alle Schwierigkeit anwenden. Der principale Schuldner, welcher den noch nicht abgelaufenen Wechsel unter der Rechtsform eines Indossaments erwirbt, kann zwar niemals selbst gegen die etwa vorhandenen früheren Indossanten Regreß-Ansprüche mit Erfolg

geltend machen, weil ihm eine, aus seiner ursprünglichen Wechselschuld entnommene, sofort liquide **exceptio doli** entgegenstehen würde, aber er kann den Wechsel mit voller Wirkung, einschließlich der Regreßverbindlichkeit der früheren Indossanten, weiter begeben, und sich dadurch vor den Nachtheilen einer verfrühten Zahlung sichern. Dergleichen Zwecke sind mit einem Indossamente, welches der principale Schuldner bei Einlösung des bereits verfallenen Wechsels sich ertheilen läßt, nicht mehr zu erreichen, und es fragt sich überhaupt, ob dasselbe in materieller Hinsicht von einer Quittung verschieden sei.

3. Nach den im §. 16 der Wechsel-Ordnung aufgestellten Grundsätzen ist diese Frage dann entschieden zu verneinen, wenn nur ein einziger principaler Wechselschuldner vorhanden ist. Die früheren Indossanten sind dadurch frei geworden, daß er den verfallenen Wechsel eingelöst hat, und bleiben auch dann frei, wenn er das statt einer Quittung erlangte Indossament zu einer weiteren Begebung benutzen sollte. Wäre nämlich der Wechsel Mangels Zahlung rechtzeitig protestirt worden, so würden alle späteren Indossatare nur die Rechte des indossirenden Acceptanten erworben haben, also durch die in dessen Person begründete **exceptio doli** zurückzuweisen sein; wäre aber die Protesterhebung unterblieben, so würden die früheren Indossanten schon aus diesem Grunde liberirt sein. In der That hat also die Begebung eines verfallenen Wechsels durch den Acceptanten, welchem der Aussteller des eigenen Wechsels ganz gleich steht, unter der angegebenen Voraussetzung nur die Bedeutung eines neuen Sichtwechsels. Diese dem wörtlichen Inhalte des §. 16 unmittelbar sich anschließende Entscheidung genügt indessen zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage nicht, wenn, wie im vorliegenden Falle, das dem principalen Schuldner ertheilte Indossament anderen, nach §. 81 als **correi** haftenden, Mitunterzeichnern des Accepts oder des eigenen Wechsels, entweder von dem ursprünglichen Mitschuldner selbst, oder von einem späteren Indossatare entgegengehalten wird.

4. Für diesen im Gesetze nicht vorgesehenen Fall kommt in Erwägung einerseits, daß das dem einen **correus** zu Theil gewordene Indossament die Tilgung des Wechsels formell verhindert, und die Schuld der übrigen **correi**, deren Haftung von der geschehenen oder unterbliebenen Protestation ganz unabhängig ist, bestehen läßt; daß dagegen andererseits der ursprünglich mitverpflichtete Indossatar durch die Einlösung des verfallenen Wechsels in Wahrheit nur seine eigene Verbindlichkeit erfüllt hat, und daher eines **dolus** sich schuldig macht, wenn er das vom Gläubiger erlangte Indossament dazu gebraucht, die ganze Schuld ohne Rücksicht auf das, der gemeinsamen Uebernahme derselben zu Grunde liegende, Valutenverhältniß von sich ab auf einen der anderen **correi** zu wälzen. Er kann den unter einer erlaubten Form erworbenen Wechsel ihnen gegenüber zwar geltend machen, aber redlicher Weise nur zu dem Zwecke, um das der Contrahirung der Correalschuld unterliegende Valutenverhältniß zur Ausgleichung zu bringen und für den daraus etwa herzuleitenden Regreßanspruch eine wechselmäßige Forderung zu gewinnen. Die Correalschuld, als solche, erlischt dadurch, daß Einer der Schuldner den gemeinsamen Gläubiger befriedigt, und die damit verbundene Abtretung der Forderung an den zahlenden Schuldner berechtiget diesen nur in so weit, als die Mitverpflichteten sich sonst auf seine Kosten bereichern würden. Die Anwendung dieses civilrechtlichen Satzes auf correale Wechselschulden unterliegt keinem Bedenken. Daraus folgt aber ohne Weiteres, daß auch der spätere Erwerber des auf einen Debitor indossirten Wechsels gegen die übrigen nur noch diejenigen Rechte haben kann, welche nach der obigen Ausführung allein noch von Bestand geblieben sind.

5. Der Beklagte behauptet und bescheiniget durch die Anlage **A ad** [7] **prior.**, daß der Indossant des Klägers die ganze Valuta des libellirten Wechsels allein erhoben, er selbst also nur als Avalist mitunterschrieben habe. Ist dies richtig, so kann von einem, aus dem der Wechselausstellung unterliegenden Rechtsverhältnisse herzuleitenden Regresse überall keine Rede sein, und der Beklagte ist mithin alsdann von der, nur zu

Gunsten des klägerischen Indossanten übernommenen Wechselschuld durch die von diesem bewirkte Abtragung derselben definitiv und für immer frei geworden. Aber die hienach an sich statthafte und wohlbegründete Einrede ist nur in so weit völlig liquid, als sie durch den Wechsel selbst bestätigt wird. Da sich nun dort die drei Aussteller ausdrücklich zum gemeinsamen Empfange der Valuta bekennen, so muß, bis ein Anderes in separato dargethan wird, angenommen werden, daß der Beklagte als seinen Antheil ein Drittel der ganzen Wechselsumme erhalten, und zum Zwecke der Ausgleichung zu ersetzen habe. — — — — — —.

Zu dem in der Restitutionsinstanz erfolgten bestätigenden Bescheide vom 26. Januar 1857 bemerkt das Oberappellationsgericht:

1. Die Ausführung in den Rationen des vorigen Erkenntnisses, daß es einen wesentlichen Unterschied macht, ob der Aussteller eines Wechsels, welchen er durch Indossament erworben, denselben vor dem Verfalltage, oder nach dem Verfalltage weiter indossirt, ist von dem Imploranten in dem Verhandlungstermine vom 24. Januar 1857 nicht angefochten worden. Implorant beruft sich vielmehr lediglich darauf, daß diese Unterscheidung in der Deutschen Wechselordnung nicht gemacht sei. Ist es nun auch richtig, daß der Richter aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen Unterscheidungen, welche das Gesetz nicht macht, in dasselbe nicht hineintragen darf, so ergiebt sich die Unerheblichkeit des implorantischen Einwandes doch zur Genüge, wenn man etwas näher auf die Entstehung der bezüglichen Bestimmungen der Deutschen Wechselordnung eingeht, wozu die veröffentlichten Protocolle der zur Berathung derselben abgehaltenen Conferenz das Material bieten. Der Preußische Entwurf, welcher diesen Berathungen grundleglich gemacht worden ist, hatte im §. 11 eine, nur in wenigen unwesentlichen Punkten von der Vorschrift im §. 10 der Deutschen Wechselordnung abweichende Bestimmung. Daneben lautete der §. 16 des Preußischen Entwurfes aber dahin:

Ein nach dem Verfalltage des Wechsels ausgestelltes Indossament hat nur die Wirkung einer Cession,

und in den Motiven zum §. 11 wird, unter Hinweisung auf den §. 16 ausdrücklich erwähnt, daß es bei einem von den dort genannten Personen nach dem Verfalle ertheilten Giro der Natur des Verhältnisses entspreche, daß die aus ihrer Verpflichtung hervorgehenden Beschränkungen ihres Rechts als Indossatars auch ihren Hintermännern entgegenstehen müßten.

Bei den Berathungen der Conferenz wurde der §. 11 des Entwurfes seinem materiellen Inhalte nach nicht beanstandet, sondern nur eine präcisere Fassung gewünscht. Dagegen fand der §. 16 des Entwurfes Widerspruch. Es wurden die demnächst im §. 16 der Deutschen Wechselordnung gemachten Unterscheidungen als wesentlich hervorgehoben, und es wurde gewünscht, daß die Bezugnahme auf die Cession vermieden werde. Das Resultat war, daß den nach Verfall ertheilten Indossamenten nach Verschiedenheit der Fälle eine geringere oder größere Wirksamkeit beigelegt wurde. Bei diesen Berathungen über den §. 16 ist nun, wie sich aus den Protocollen ergiebt, von den Fällen, wenn auf den Aussteller oder Acceptanten indossirt worden, nicht die Rede gewesen, und kann sonach nicht angenommen werden, daß die Mitglieder der Conferenz durch die Aenderung des §. 16 mittelbar auch dem bereits genehmigten §. 11 des Entwurfes eine andere Deutung haben geben wollen, als er dort, im Beihalt des im §. 16 gemachten Vorschlages, hatte.

2. Hinsichtlich der dem Imploranten entgegengestellten **exceptio doli** rechtfertiget sich aus dem Vorgesagten von selbst, daß, wie geschehen, erkannt worden. Wenn der Imploraut meint, daß der dem Imploraten freigelassene Beweis darauf zu richten gewesen wäre, daß den Imploranten selbst hinsichtlich der Erwerbung des Wechsels der Vorwurf des **dolus** treffe, so übersieht er, daß bei der im §. 82 der deutschen Wechselordnung enthaltenen Beschränkung der Zulassung von Einreden eine vollgültige Uebertragung des Wechsels mittelst Indossaments vorausgesetzt werden muß. Ist das von dem Aussteller nach

dem Verfalle des Wechsels ertheilte Indossament gar nicht als ein wirkliches Indossament anzusehen, so fehlt es auch an Gründen, den Beklagten auf solche Einreden zu beschränken, welche aus seiner eigenen Person zu entnehmen sind. Man muß dann vielmehr von dem Satze ausgehen, daß der indossirende Aussteller größere Rechte, als er selbst hatte, nicht übertragen konnte, und ergiebt sich daraus, daß dem Indossatar alle diejenigen Einreden entgegenstehen, welche dem Aussteller, wenn dieser selbst geklagt hätte, entgegengestanden haben würden.

37.

Ueber die Setzung von Schiffen. Ma. 596/1856.
(Rostocker Stadtrecht. Art. 6, Th. VI, Tit. 4.)

Der Correspondentrheder eines hiesigen Kauffahrteischiffes hatte am 31. März 1856 bei den hier anwesenden und vertretenen Rhedern die Ermächtigung erbeten, das Schiff ohne vorgängige Anfrage nach bester Gelegenheit befrachten zu dürfen. Da die schriftliche Abstimmung eine überwiegende Majorität für diesen Antrag ergab, so fand Einer von den überstimmten Mitrhedern, welcher damals für zwei Schiffsantheile (1/64 und 1/96) legitimirt war, sich veranlaßt, am 11. April dem Correspondentrheder anzuzeigen, daß er mit der Majorität nicht länger in Gemeinschaft bleiben wolle, vielmehr das Schiff nebst Zubehör zu 19,000 Thalern setze. Er erhielt die Antwort, daß seine beiden Parte von der Majorität zu dem Setzungspreise genommen würden und ihm die Einsicht der betreffenden Missive beim Sachwalte des Correspondentrhebers freistehe. Inzwischen hatte er am 14. April zwei weitere Parte angemeldet, welche er bereits am 13. März erworben haben und nunmehr nachträglich in seine Setzungsofferte aufgenommen wissen wollte. Hierauf erfolgte eine ablehnende Erwiderung, weil das Schiff in Gemäßheit des oben erwähnten Beschlusses schon verfrachtet sei. Nun erhob er Klage gegen den Correspondentrheder und verlangte, daß dieser rücksichtlich aller vier Parte sich bestimmt über Geben

oder Nehmen erkläre und zu seiner Erklärung durch Vorlegung eines genügenden Majoritätsbeschlusses sich legitimire. In dieser Rechtssache bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 27. März 1858 den Bescheid des Rostocker Obergerichts vom 25. August 1857, daß es bei der auf die Setzung vom 11. April 1856 bereits abgegebenen Erklärung, die beiden Parte zu dem Setzungspreise nehmen zu wollen, das Bewenden behalte, die zweite Setzung vom 14. **ejusd. mens.** aber zur Zeit unzulässig sei.

Gründe:

Wenn Kläger gegen die in **rat. 1** der **sententia a qua** aufgestellten Grundsätze zunächst einwendet, seine Befugniß, das Schiff zu setzen, hange gar nicht von der Voraussetzung ab, daß er bei einer durch Stimmenmehrheit beschlossenen Disposition über das gemeinschaftliche Schiff abstimmig gewesen sei und deshalb die Gemeinschaft mit den Mitgliedern der Majorität aufheben wolle; die Setzung sei vielmehr ein stadtrechtlich anerkanntes Mittel, den ohne besondere Veranlassung jederzeit freistehenden Austritt aus der Communion zu realisiren, so übersieht er, daß der hiefür angezogene Art. **I. Th. III.** Tit. 13 einen gegen alle Communions-Interessenten gerichteten Antrag voraussetzt, während er, Kläger, nur den Mitrhedern gesetzt hat, welche für den durch Majoritätsbeschluß angenommenen Vorschlag des Beklagten vom 31. März 1856 gestimmt haben. In Gemäßheit des Art. 6. **Th. VI.** Tit. 4. des Stadtrechts werden die Stimmen nicht nach Köpfen, sondern nach Schiffsantheilen gezählt, und da nun der Correspondentrheder die Abstimmung zu veranlassen und deren Resultat zu ziehen hat, so folgt von selbst, daß jedem Votanten nur diejenigen Parte angerechnet werden können, als deren Eigenthümer er zur Zeit der Stimmgebung dem Correspondentrheder bekannt ist. Das Votum, welches er, Kläger, unter der Missive vom 31. März 1856 abgegeben hat, bezieht sich hienach ebenso wie die erste durch den gefaßten Majoritätsbeschluß ausdrücklich motivirte Setzungsanzeige vom 11. April **ejusd. anni** unbestrittenermaßen nur auf die beiden Parte, für welche er damals

schon beim Beklagten legitimirt gewesen ist. Die beiden anderen unterm 14. April nachträglich gesetzten Parte standen derzeit noch auf den Namen auswärtiger, hier am Orte nicht vertretener Eigenthümer. Daß solche fremde Theilhaber nach der vom vorigen Richter bezeugten, übrigens ohnehin bekannten, Ueblichkeit bei den laufenden, dem Societätszwecke entsprechenden Geschäften, also namentlich bei den Frachtabschlüssen, nicht zu Rathe gezogen und zum Abstimmen nicht aufgefordert werden, erklärt sich leicht aus der Erwägung, daß bei dem oft raschen Wechsel der Handelsconjuncturen die sich darbietenden Gelegenheiten zur Benutzung des Schiffes regelmäßig verloren gehen würden, wenn dasselbe Befrachtern nicht ohne großen Verzug zu Gebote gestellt werden könnte. Es wird daher angenommen, daß die auswärtigen Rheder, welche keinen Specialmandatar zur Abgabe ihres Votums bestellt haben, für alle in den regelmäßigen Geschäftsbetrieb fallenden Angelegenheiten der Majorität ihrer am Sitze der Rhederei vertretenen Genossen folgen wollen: sie können mithin einem zu ihrer Kenntniß gelangenden Beschlusse, oder dessen Ausführung, also namentlich einem beschlossenen Befrachtungscontracte nach dessen Vollziehung einen beachtlichen Widerspruch nicht mehr entgegenstellen, folglich auch keinen Anlaß zu einer Setzung daraus hernehmen. Hieraus ergiebt sich ohne Weiteres, daß der Beklagte auf die Setzungsanzeige vom 14. April nicht einzugehen brauchte, sondern wohlbefugt war, sich ablehnend so zu erklären, wie er schon vor Anstellung der Klage gethan hat. Eine andere Erklärung hatte er, Kläger, nicht zu fordern. Auf seine erste Setzungsanzeige vom 11. April hatte er auch bereits, ehe er klagend auftrat, die unumwundene Erklärung des Beklagten erhalten, daß seine beiden damals allein in Frage kommenden Parte, für welche er mitgestimmt hatte, zu dem von ihm gesetzten Preise genommen würden. Damit war sofort die Anzeige verbunden, daß das Nehmen jener Parte von der Majorität beschlossen sei, und ihm, dem Kläger, freistehe, die betreffende Missive am nächsten Werktage, beim Sachwalte des Beklagten einzusehen. Mehr konnte er nach der zutreffenden Ausführung in **rat. 3** der **sententia a**

qua, jedenfalls nicht verlangen; es muß vielmehr dem vorigen Richter auch noch darin beigepflichtet werden, daß der Beklagte überall nicht nöthig hatte, sich über seine Ermächtigung zum Nehmen der fraglichen Parte erst auszuweisen. Wenn nämlich unter den Rhedern, welche bei dem, die Setzung herbeiführenden, Beschlusse die Majorität gebildet haben, darüber eine Meinungsverschiedenheit entsteht, ob gegeben oder genommen werden solle, so kann diese Frage nicht nach Stimmenmehrheit entschieden werden, weil man sonst den Ueberstimmten wiederum die Befugniß zu einer neuen Setzung einräumen müßte und damit unabsehbare Weiterungen veranlassen würde, die hier gerade vermieden werden sollen. Entweder müssen dem Setzenden alle, der bisherigen Majorität gehörenden Antheile überlassen werden, damit das ganze Schiff der bisherigen Minorität anheimfalle, oder es müssen ihm seine Parte abgenommen werden, damit der Majoritätsbeschluß, dem die übrigen nicht gesetzt habenden Mitglieder der Minorität für diesen Fall stillschweigend sich unterworfen haben, zur Ausführung gebracht werden könne. Die erste Alternative erfordert eine einhellige Entschließung der ganzen Majorität; für die zweite genügt ein einziger Nehmer, der, wenn er keinen Genossen findet und doch auf seinem Votum beharrt, sich damit natürlich bereit erklärt, die gesetzten Parte auf seine alleinige Rechnung zu übernehmen. Der Setzende offerirt seine Parte den Mitgliedern der Majorität sammt und sonders, und hat auf das Geben des Schiffes weiter keinen Anspruch, wenn nur Einer ihm seine Parte abnimmt; ob dieser dieselben allein behält oder behalten darf, oder ob unter dessen Genossen noch andere Liebhaber dazu vorhanden sind, mit denen die genommenen Parte getheilt werden müssen, ist für den Setzenden von keinem Interesse.

38.

Ueber die Verbindlichkeit des Ehebrechers, das mit der Ehefrau eines Andern erzeugte Kind zu alimentiren.

Bo. 834/1856.

Der Schneidermeister K. zu R. forderte von dem Töpfermeister B. daselbst zur Alimentation der von seiner Ehefrau am 5. Juni 1856 geborenen Tochter ein vorläufig bis zum 14. Lebensjahre des Kindes in vierteljährlichen Raten vorauszuzahlendes Geldquantum, so wie Erstattung der von ihm ausgelegten Taufgebühren und Wochenbettskosten, indem er behauptete, er selbst habe wegen Unwohlseins seiner Frau seit Ostern 1855 nicht beigewohnt, dagegen habe der Beklagte im Laufe jenes Jahres und zwar bis in den September hinein fortgesetzten Ehebruch mit ihr getrieben. Der Beklagte bestritt die active Sachlegitimation seines Gegners, indem dieser mit dem Ableugnen der Vaterschaft zugleich seine väterliche Gewalt und damit sein Recht zur Vertretung des Kindes negire. Außerdem machte er geltend, daß die Klage sowohl mangelhaft fundirt, als auch vorzeitig sei, da Kläger keine Thatsachen, aus denen die Unmöglichkeit seiner ehelichen Paternität folge, angegeben und eine Alimentenklage gegen einen Dritten nicht eher statthaft sei, als bis der Ehemann der Mutter dem Kinde gegenüber von der Vaterschaft freigesprochen sei. In der Replik stützte Kläger seine Sachlegitimation auf den Umstand, daß er nur die gehabten Auslagen und die von ihm als Ehemann zu bestreitenden Alimente von dem eigentlich Verpflichteten ersetzt verlange, und berief sich für den Fall, daß seine Ehefrau als klagberechtigt zu betrachten sein sollte, auf das ihm zur Seite stehende **mandatum praesumtum.**

Nachdem der erste Richter die Klage abgewiesen hatte, wurde auf Appellation des Klägers in zweiter Instanz auf Beweis des Klagegrundes erkannt. Das Oberappellationsgericht stellte jedoch auf Appellation des Beklagten durch Urtheil vom 31. August 1857 den erstinstanzlichen Bescheid aus folgenden Gründen wieder her:

1. Die Ansicht, welche der angefochtenen Sentenz zum Grunde liegt, ist nicht ohne bedeutende Vertheidiger. v. Schröter hat sie in der

Zeitschrift für Civilrecht, Bd. 5, S. 303—324

ausführlich entwickelt, und seine Gründe sind von J. Scholz dem Dritten, ohne wesentlich Neues hinzuzufügen, im

Juristischen Magazin, neue Folge Bd. 2 Nr. IV.

wiederum geltend gemacht. Auch stimmt das Oberappellationsgericht zu Jena damit überein, wie die von v. Schröter, loc. cit. pag. 324, und im Seuffertschen Archive, Bd. 4 Nr. 234, allegirten Erkenntnisse zeigen.

Daß die Mehrzahl der Rechtslehrer die Ansicht nicht theilt, geben beide genannten Schriftsteller zu. Man vergleiche die desfallsigen Citate bei v. Schröter pag. 305, so wie Heerwart, im civilistischen Archiv Bd. 17 S. 86, v. Bangerow, Leitfaden, Bd. 1 §. 260 Anm. 1 Nr. 2, Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2 §. 614 S. 574, und ebenso haben die Oberappellationsgerichte zu Dresden, München und Wiesbaden anders geurtheilt, wozu das Seuffertsche Archiv — Bd. 2 Nr. 186 und 296, Bd. 5 Nr. 176, Bd. 10 Nr. 54 — Belege liefert.

2. Nach v. Schröters Lehre steht dem **adulterinus** der Alimentationsanspruch sowohl gegen den Ehemann seiner Mutter, als auch wider den **adulter** zu, gegen jenen auf Grund der Rechtsregel: **pater est, quem nuptiae demonstrant**, wider den **adulter** nach dem durch Wissenschaft und Praxis eingeführten, die Alimentations-Verbindlichkeit des Concumbenten feststellenden Grundsatze. Beide sollen neben einander voll obligirt sein, indem gegen jeden die Voraussetzungen ganz zutreffen, ohne daß er sich auf die Existenz des anderen Verpflichteten berufen könnte. Nur so weit die Obligation von Einem erfüllt ist, soll der Andere liberirt werden.

3. Müßte zugegeben werden, daß Beide neben einander verpflichtet sind, so würde der gezogene Schluß und die daran geknüpfte Widerlegung sonstiger Gegenargumente als vollbegründet anzuerkennen sein.

Allein der Römische Rechtssatz beschützt die während der Ehe erzeugten Kinder, und hält Denjenigen, quem nuptiae patrem demonstrant, zur Alimentirung derselben dergestalt an, daß selbst ein in die betreffende Zeit fallender Ehebruch keine Befreiung bewirkt und die Alimente sogar während der Dauer des Processes über den status zu prästiren sind. Nur der in solchem Streite geführte Beweis, daß der Ehemann nicht der Erzeuger sein könne, zerstört die Präsumtion und damit die Alimentations-Verbindlichkeit.

l. 5 D. de in jus vocando (2, 4),
l. 6 D. de his qui sui (1, 6),
l. 11 §. 9 D. ad legem Juliam de adulteriis (48, 5),
l. 9 C. de nuptiis (5, 4),
l. 7 D. de agnoscendis liberis (25, 3).

Bis dahin gilt das Kind für ein eheliches, für dessen Unterhalt das geschriebene Recht ausreichend gesorgt hatte. Als uneheliches erscheint es erst nach ungünstigem Ausgange des Processes. Der Gerichtsgebrauch hat hieran, indem er die Verpflegung unehelicher Kinder ins Auge faßte, Nichts geändert, und Nichts ändern können, und zu Zusätzen war keine Veranlassung vorhanden, da die Alimentation des Kindes, so lange dasselbe als eheliches rechtlich zu gelten hatte, gesetzlich gesichert war, und sich nicht empfohlen haben würde, ihm außer dem ehelichen Vater noch den adulter als Ernährer zuzuweisen. Dieselben sittlichen Rücksichten, auf welche sich die Präsumtion: pater est, quem nuptiae demonstrant, stützt, stehen der Anerkennung der Alimentationspflicht des adulter entgegen, so lange der durch jene Präsumtion begründete status des Kindes, als eines ehelichen, von Rechtsbestand ist. Was die Praxis über die Ernährungspflicht des Concumbenten bestimmt hat, beschränkt sich auf uneheliche Geburten. Die Anwendung setzt voraus, daß die Erzeugung außer der Ehe geschehen, es ist also für sie kein Raum, wo und so lange die Ehe den Vater nachweis't, es mithin an der juristischen Gewißheit fehlt, daß das Kind nicht von dem Ehemanne der Mutter erzeugt sein kann.

In gleicher Art behandelt die Mecklenburgische Verordnung vom 23. Juni 1847 nur die Alimentationsklagen aus außerehelicher Schwängerung, und solche liegt nach den citirten Gesetzen nicht vor, so lange **nuptiae patrem demonstrant.**

4. Demnach sind dem während bestandener Ehe Erzeugten nicht dieser **pater** und der **adulter** neben einander zur Versorgung verpflichtet. Nur der Eine oder Andere kann es sein, und eine Concurrenz der Klagen ist nicht gegeben, weil die Ansprüche sich direct widersprechende Grundlagen haben. Zur Begründung der Forderung an den Ehebrecher gehört wesentlich die Behauptung, daß das Kind ein uneheliches sei, weil der Rechtssatz, worauf die Klage sich stützt, lediglich uneheliche Geburten berührt, das Dasein eines solchen Falles aber aus dem **adulterium** allein nicht folgt. Der Ehebrecher, der sich auf die Regel: **pater, quem nuptiae demonstrant,** beruft, negirt einen zu seiner Verpflichtung gehörigen Umstand, und steht keinesweges dem gleich, der die **exceptio plurium constupratorum** vorschützt.

5. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Anführung des Klägers, daß er wegen Unwohlseins in der bezüglichen Zeit mit seiner Ehefrau keinen ehelichen Umgang gepflogen, ausreichend, und, nachdem er in der Replik erklärt, daß er die Behauptung zu beweisen nicht vermöge, wegen der in der vorigen Appellations-Instanz abgegebenen anderen Erklärung noch zu berücksichtigen sei. Denn, wie dem auch sei — der Tochter der Ehefrau des Klägers ist das Kindesverhältniß zu demselben noch nicht abgesprochen; ihre Mutter würde nur, wenn dies geschehen wäre, durch die Verordnung vom 23. Juni 1847 zur Einklagung der Alimente legitimirt sein, sonst darf sie zwar die ehelichen Rechte des Kindes gegen ihren Ehemann geltend machen, nicht aber umgekehrt, solche Rechte bestreitend, für die Tochter auftreten. Eben so wenig ist der Ehemann der rechte Vertreter des Kindes, wenn er dasselbe für ein außereheliches ausgiebt.

Eine Klage auf Abnahme der Alimentationslast, auf welche die Replik kommt, ist dem Ehemanne gegen den adulter nirgends eingeräumt. Solche Befreiung kann Kläger nur in einem Verfahren gegen den zu bestellenden Curator der Tochter erreichen, und was er an Taufgebühren und sonstigen Alimenten, so wie an Entbindungs- und Wochenbettskosten bereits verausgabt, hat er als Vater und Ehemann zu tragen, bis auf gehörige Weise ermittelt ist, daß er für den Vater des fräglichen Kindes nicht anzusehen sei. Ein eigenes Forderungsrecht hat er also wenigstens zur Zeit nicht, und noch weniger kann ein solches seiner Ehefrau, die nicht einmal die Kosten bestritten hat, zugesprochen werden.

Auf keine Weise darf es daher in diesem Processe zu einer Beweisauflage kommen, vielmehr war Kläger, wie in erster Instanz geschehen, mit der erhobenen Klage abzuweisen, und dies auch dann, wenn er den Consens seiner Ehefrau zu derselben dociren sollte.

Das Erkenntniß über die Kosten bedarf hienach keiner besonderen Begründung.

D. Familien- und Erbrecht.

39.

Rechtliche Natur und processualische Behandlung der Klage auf Supplirung des väterlichen Eheconsenses.

Ae. 155/1854.

In Folge des Widerspruches, welchen der Rademacher L. zu N. der Verheirathung seiner Tochter D. L. mit dem Kesselflicker A. entgegensetzte, beantragte der Letztere unterm 8. April 1854 bei dem Stadtgerichte zu Neubuckow die gerichtliche Supplirung des väterlichen Eheconsenses, worauf ein Verhandlungstermin zum 5. Mai 1854 anberaumt und zu demselben außer dem klagenden Bräutigam und dem beklagten Vater auch die Tochter vorgeladen wurde. Alle drei Personen erschienen in dem Termine. Die Tochter stellte dort gleichfalls den Antrag auf richterlichen Consens zu ihrer Verheirathung, wurde aber nach verfehlter Güte entlassen, und fand sodann allein zwischen dem Vater und dem Bräutigam die weitere Verhandlung statt, auf deren Grund das Stadtgericht, nachdem noch eine summarische Zeugenverhörung angeordnet worden, mittelst **Conclusi** vom 13. Juni 1854 den Vater unter Verurtheilung in die Kosten für schuldig erklärte, seine Einwilligung zur Verheirathung seiner Tochter mit dem Kläger zu ertheilen oder aber zu gewärtigen, daß nach Ablauf einer vierzehntägigen Frist dieser sein väterlicher Consens Gerichtswegen supplirt und darüber die behufige gerichtliche Bescheinigung dem Kläger auf dessen Antrag ertheilt werden werde.

Auf Recurs des Vaters hob die Justiz-Canzlei zu Rostock durch den Bescheid vom 21. October 1854 dies **Conclusum** auf und wies den Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen, mit dem erhobenen Anspruch zurück, da der angebliche Verlobte nicht befugt sei, aus eigener Person und

eigenem Rechte gegen den Vater der Braut auf Ertheilung des Consenses zum Verlöbniß zu klagen.

In Folge des hiegegen von dem Kläger ergriffenen weiteren Recurses änderte das Oberappellationsgericht den Bescheid der Justiz-Canzlei unterm 12. März 1855 dahin ab, daß es unter Beiseitesetzung des stadtgerichtlichen **Conclusi** vom 13. Juni 1854 dem Stadtgerichte zu Neubuckow die zuvorige weitere Vernehmung der L.'schen Tochter auf Grund der bis dahin ergangenen Verhandlungen und eventuell das weitere Verfahren aufgab und (unter Compensation der Kosten beider Recursinstanzen) die Kosten der ersten Instanz zur demnächstigen Entscheidung in der Hauptsache aussetzte.

Die Gründe lauten also:

Wenn es auch seine vollkommene Richtigkeit hat, daß in Fällen eingetretener Verweigerung des erforderlichen väterlichen Eheconsenses nur das Kind dem Vater gegenüber berechtigt ist, auf gerichtliche Ergänzung desselben anzutragen, und nur auf den Antrag des Kindes die zur Entscheidung dieses Streites nothwendige obrigkeitliche Untersuchung eingeleitet werden kann, da es sich dabei wesentlich um die Beurtheilung der Frage handelt, ob das Kind wie in anderen, so auch in dieser, seine wichtigsten Lebensinteressen betreffenden Frage dem Vater Gehorsam schuldig, oder weil dieser die ihm über das Kind zustehende Gewalt willkürlich mißbraucht, der Verpflichtung hiezu durch die dem Vater übergeordnete obrigkeitliche Autorität zu entbinden ist, während der Verlobte des Kindes zu dem Vater in dieser Hinsicht in keinerlei Rechtsbeziehung steht und daher auch ihm gegenüber so wenig zur Anstellung einer Klage auf Ertheilung des dem Kinde versagten Eheconsenses, als auch nur zur Beschwerdeführung hierüber berechtigt ist;*) und ebenso in Streit-

*) Vergl. G. L. Böhmer, Principia Jur. Canon. §. 370 und Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 23, S. 56 Note 56.

Auch Stryck, Usus modernus tit. de sponsal. §. 17, Carpzow, Jurisprudent. Consistor. Lib. II. Tit. III. Def. 52. Fr. Es. Puffendorff, Observ. T. IV. Obs. 99. Wiese, Kirchenrecht §. 419, sowie die Kurhessischen Gerichte in den bei Pfeiffer, Practische Ausführungen

fällen der vorliegenden Art, nicht weniger wie im gewöhnlichen Proceßverfahren, der Richter nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, darüber zu wachen, daß er seine Cognition unter den rechten Parteien anstelle, damit nicht das ganze Verfahren an unheilbarer Nichtigkeit leide: so ist doch andererseits das ganze hier eintretende Verfahren mit Rücksicht auf die besondere Natur des Streitfalles selbst, sowohl nach gemeinem Rechte wie nach Maßgabe der hier einschlagenden Bestimmungen der Consistorial-Ordnung von 1570, Tit. V. und Tit. VIII. Kap. II. §§. 2, 3 nicht an die strengen Formen des ordentlichen Proceßganges gebunden, und wird daher auch im Rechtsmittelgesetze vom 20. Juli 1840 §. 57, 2 dieser Fall ausdrücklich dem Gebiete der unstreitigen Gerichtsbarkeit zugerechnet. Von diesem Standpunkte aus

---

Bd. V. S. 157—165 citirten Fällen gehen von der Ansicht aus, daß bei der richterlichen Ergänzung des elterlichen Consenses überhaupt nur ein Recht des Kindes zur Frage stehe; ebenso J. H. Böhmer, Jus Eccles. Lib. IV. Tit. II. §. 18. Zu demselben Resultate führen die Protestantischen Kirchen- und Consistorial-Ordnungen, welche im Anschluß an bekannte Aeußerungen Luthers es als eine Pflicht des kindlichen Gehorsams hinstellen, sich nicht ohne der Eltern Einwilligung zu verheirathen, und nur dann ein entgegengesetztes Handeln gestatten, wenn von der competenten kirchlichen Behörde (dem Consistorio) die Weigerung des Consenses für ungerechtfertigt erklärt und somit das Kind von der Pflicht des Gehorsams in Bezug auf das zur Frage stehende Verlöbniß durch rechtliches Erkenntniß dispensirt worden ist; vergl. Pommersche Kirchenordnung von 1535. Tit. Vom Graden ynn Eesaken (bei Richter die evangelischen Kirchenordnungen Bd. 1 S. 250) Würtembergische Eheordnung von 1537 (Richter a. a. O. S. 280) Northeimsche Kirchenordnung von 1539 (Richter a. a. O. S. 289), Kirchenordnung für Kalenberg und Göttingen von 1542 (Richter a. a. O. S. 365), Wittenberg. Consistorial-Ordnung von 1542 (Richter a. a. O. S. 374, 375), Würtemberg. Eheordnung von 1553 (Richter a. a. O. Bd. II. S. 128, 129), Pommersche Kirchenordnung von 1563 (Richter a. a. O. Bd. II. S. 242), Pfälzische Kirchenordnung von 1563 (Richter Bd. II. S. 256), Schlüsse der Synode zu Emden von 1571 (Richter Bd. II. S. 340), Brandenburg. Visitat. und Consistorial-Ordnung von 1573 (Richter Bd. II. S. 381), Preuß. Consistorial-Ordnung von 1584 (Richter Bd. II. S. 465), Niedersächsische Kirchenordnung von 1585 (Richter Bd. II. S. 471), Mecklenburgische Consistorial-Ordnung von 1570 Tit. VIII. Kap. II.

mußte es deshalb auch den vorhin bemerkten Rücksichten gegenüber als genügend erscheinen, daß das Stadtgericht, ehe es auf den Antrag des nunmehrigen Recurrenten vom 8. April 1854, [1] prim. inst. einging, mit dem Vater zugleich die Tochter vorbeschied, deren Erklärung veranlaßte, und erst nachdem diese dahin vorlag, daß auch sie um den richterlichen Consens zu ihrer Verheirathung bitte, nach verfehltem Güteversuche diejenigen weiteren Verhandlungen einleitete, wodurch die Entscheidung über den Grund oder Ungrund der vom Vater ausgesprochenen Weigerung vorbereitet werden sollte. Darin hat es aber allerdings gefehlt, daß es die Tochter — welche übrigens nach Maßgabe der besonderen Beschaffenheit des vorliegenden Streitfalles ihrer Minderjährigkeit ungeachtet des Beistandes eines ihr zuzuordnenden Specialcurators nicht weiter bedurfte — gänzlich außer Verhandlung setzte, und, ohne sie mit den Weigerungsgründen ihres Vaters, der Erwiderung ihres Bräutigams und dem Resultate der sonstigen Ermittelungen bekannt zu machen, auch ihre eigene schließliche Erklärung darüber dem Vater gegenüber zu veranlassen, nicht nur in der Sache selbst sofort entschied, sondern auch der ausgesprochenen Verurtheilung des Vaters zur Ertheilung des von ihm versagten Eheconsenses dadurch eine zu ausschließliche Beziehung auf den Verlobten der Tochter gab, daß es die behufige gerichtliche Bescheinigung der Gerichtswegen erfolgten Supplirung des Eheconsenses bei fortdauernder Weigerung des Vaters dem Verlobten auf dessen Antrag zu ertheilen verhieß. In so fern war daher das stadtgerichtliche **Conclusum** vom 13. Juni 1854 nicht bloß verfrüht, sondern auch verfehlt, und so weit die gegen dasselbe gerichtete Recursbeschwerde des Vaters wohlbegründet. Auf der anderen Seite ist aber ihre, der Justiz-Canzlei, Entscheidung vom 21. Oct. 1854 darin wieder zu weit gegangen, daß sie, den gleichfalls vorliegenden Antrag der Tochter für völlig unbeachtlich erklärend, nicht nur das ganze bis dahin stattgefundene Verfahren aller und jeder Rechtswirkung beraubt, sondern auch den jetzigen Recurrenten, damaligen Recursen, außer in die

Kosten der Recursinstanz, auch in die des ersten Verfahrens verurtheilt hat, welches doch wesentlich durch den Antrag seiner Verlobten, der L.'schen Tochter, veranlaßt worden war.

40.

Rechtliche Bedeutung der Entschädigung aus einem Verlöbnißbruch. Be. $884/_{1858}$.

Der Böttchermeister B. zu B. klagte gegen die Tochter des Erbschmiedes K. zu H., weil dieselbe das mit ihm unter Einwilligung der Eltern eingegangene Verlöbniß schon nach ungefähr acht Tagen wiederum einseitig aufgekündigt hatte, und zwar begehrte der Kläger eine Entschädigungssumme von 500 Thlrn., indem er vorzugsweise geltend machte, daß ihm durch den Verlöbnißbruch die von den Eltern der Braut verheißene Mitgift von 500 Thlrn., sowie der Vortheil entgehe, welchen er beim Abschluß der Ehe durch die für die Braut dereinst in Aussicht stehende weitere elterliche Erbschaft zu erwarten gehabt haben würde.

Das erste Erkenntniß vom 10. Mai 1858 verurtheilte die Beklagte unter Verwerfung ihrer gegen den ganzen klägerischen Anspruch erhobenen Einreden zu der Summe von 50 Thlrn. Die Beklagte beruhigte sich bei dieser Entscheidung, wogegen der Kläger im Wege der Appellation eine Erhöhung des ihm zugebilligten Entschädigungsquanti zu erreichen strebte; er wurde aber sowohl von der Justiz-Canzlei zu Rostock, als auch demnächst vom Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 28. Oct. 1858 zurückgewiesen, dessen Gründe also lauten:

Liegt es zwar in der Natur der Sache, und ist es auch in der der Verordnung vom 18. Februar 1846 zu Grunde liegenden gemeinrechtlichen Praxis anerkannt, daß bei der Bestimmung der wegen eines Verlöbnißbruches dem verlassenen Theil zukommenden Entschädigungssumme auf die von demselben zum Zwecke der Ehe gemachten Aufwendungen Rücksicht zu

nehmen ist, so hat doch keineswegs die Auffassung des Verlöbnisses als eines vermögensrechtlichen Speculationsgeschäftes Eingang gefunden und wird daher die in Frage stehende Klage nicht auf die Forderung eines Ersatzes derjenigen Vermögensvortheile ausgedehnt, welche für den Verlassenen durch den Abschluß der Ehe herbeigeführt sein würden; die gemeinrechtlichen Praktiker stellen die in diesem Falle als Interesse zu fordernde Geldsumme vielmehr unter den Gesichtspunkt einer Genugthuung und Abfindung.

J. H. Böhmer, Jus Eccles. Prot. Lib. IV. Tit. I. §. 53 u. 54.
G. L. Böhmer, Principia Jur. Can. Lib. III. Sect. II. Tit. III. §. 371.
Hofacker, Principia juris. civ. Tom. I. §. 392.
Hellfeld, Jurisprud. forens. §. 1202.
Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 23, pag. 90.
Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. 2 §. 436.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 7 pag. 77 f.

vergl. auch

Richter, Kirchenrecht §. 271 Note 21 und
Siggelkow, Handbuch des Mecklenburgischen Kirchen- und Pastoralrechts. §. 252 sub 3,

und sprechen zum Theil geradezu von einer dem Verlassenen zustehenden Injurienklage

Cothmann, Respons. Vol. I. Resp. X. nr. 253 ff.
Mevius. P. V. Dec. 192. P. VIII. Dec. 42.

Wenn nun nach der Verordnung vom 18. Februar 1846 §. 3 die Klagen aus Verlöbnissen alternativ auf Vollziehung der Ehe, oder auf eine zum richterlichen Ermessen stehende Entschädigungssumme gerichtet werden sollen, so giebt das Gesetz deutlich zu erkennen, daß es statt der bei den reinen Schadensklagen maßgebenden Grundsätze über Liquidation und Beweis des pecuniären Interesses ein freies richterliches Ermessen walten lassen will. Erwägt man neben diesem Umstande weiter, daß der §. 3 cit. den Entschädigungsanspruch ganz unabhängig von der Existenz eines Schadens im civilrechtlichen Sinne gewährt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch nach diesem neuen

Particulargesetz der gemeinrechtliche Charakter der vom Beklagten zu zahlenden Summe als einer Genugthuung und Abfindung bei Bestande geblieben ist.

Nach dem Vorstehenden kann bei Feststellung der ihm — dem Kläger — gebührenden Summe überall keine Rücksicht auf die überdies rechtlich nicht einmal fest bestimmbaren Vortheile genommen werden, welche für ihn im Fall der Eingehung der Ehe mit der Beklagten aus der Erfüllung des angeblichen Dotalversprechens nach der Deckung der Kosten der Ehe hervorgegangen oder beim Tode der Eltern der Beklagten aus der Delation des Nachlasses der Ersteren an die Letztere existent geworden sein würden. Ohne ein Eingehen in die Berechnung eines derartigen ganz vagen **lucrum cessans** ist die Abfindungssumme vom Richter vorzugsweise nach den persönlichen Verhältnissen und den Vermögensverhältnissen beider Theile abzuwägen, daneben aber auch das Maaß der dem Kläger durch den Verlöbnißbruch zugefügten Kränkung in Anschlag zu bringen. In letzterer Beziehung ist es von entscheidender Wichtigkeit, daß die Beklagte, wie von ihm — dem Kläger — in erster Instanz überall nicht mit Bestimmtheit bestritten worden, erst nach Abschluß des Verlöbnisses die Existenz eines von ihm — dem Kläger — früher erzeugten unehelichen Kindes erfahren hat. Kann es bei dem gegenwärtigen rechtskräftigen Stande der Sache dahin gestellt bleiben, ob für die Beklagte hierin ein ausreichender Grund zur Aufhebung des Verlöbnisses lag, so war doch dieser Umstand ohne Zweifel dazu geeignet, das Vertrauen der Braut und deren Zufriedenheit mit dem noch neuen Verhältnisse zu ihm — dem Kläger — zu mindern, und hat sie in Folge dessen jedenfalls Anspruch auf eine milde Beurtheilung des von ihr ausgegangenen Verlöbnißbruches. — — — — —

Wird demnach der hervorgehobene Punkt miterwogen und neben den sonst aus den Acten erhellenden Lebensverhältnissen beider Theile in Anschlag gebracht, daß die Beklagte zur Zeit noch gar kein Vermögen, ihr Vater aber als Erbschmied einen kleinen mit der erheblichen Hypothekenschuld von 1600 Thlr. N⅔

belasteten Grundbesitz von 500 Quadratruthen hat, so erscheint die von ihm angefochtene Feststellung der Abfindungssumme auf 50 Thlr. als angemessen.

41.

Ueber den Einfluß einer Verlegung des Domicils auf das nicht conventionelle Güterverhältniß unter Ehegatten. Su. 1210/1857.

Das Oberappellationsgericht hat diese Controverse unterm 10. December 1857 dahin entschieden, daß das durch Vertrag nicht fixirte und daher durch das Ortsrecht des bisherigen Domicils geregelte Güterverhältniß ein anderes werde, wenn der Mann seinen Wohnsitz in das Herrschaftsgebiet eines anderen Rechtes verlege. Die dieser Entscheidung hinzugefügten Gründe, welche zugleich die thatsächlichen Voraussetzungen des gegebenen Rechtsfalles vollständig erkennen lassen, sind folgende:

1. Die Appellatin hat im Concurse ihres Ehemannes eine Forderung von 700 Thlrn. Cour. angemeldet und dafür die Dotalprivilegien in Anspruch genommen. Sie stützt sich auf die, als Anlage M. ad [17] zu den Concurs-Acten gebrachte Verschreibung, worin derselbe „die Mitgabe und das Hochzeitsgeschenk“ von ihr in dem erwähnten Betrage erhalten zu haben bekennt. Die, diesem Schuldbekenntnisse eingeschaltete Bemerkung, daß Gütergemeinschaft unter ihnen nicht bestehe, weis't unbestrittenermaßen nicht auf einen, jenes Güterverhältniß ausschließenden Vertrag hin, sondern gründet sich darauf, daß in Dömitz als dem ersten und bei Ausstellung der Urkunde noch unveränderten Domicil der F.'schen Ehegatten, auch für Personen ihres Standes das sogenannte Dotalsystem die in Ermangelung abweichender conventioneller Normen eintretende Regel bildet. Späterhin hat der Cridar in seinem jetzigen Wohnorte Schwerin sich niedergelassen, und befindet sich daher gegenwärtig in dem Bereiche eines Statutarrechtes, welches unter der im

vorliegenden Falle zutreffenden Voraussetzung einer beerbten Ehe die Frau für alle Schulden des Mannes haften läßt, so daß, wenn das Schweriner Recht zur Anwendung kommt, die Dotalforderung der Appellatin im Concurse der Gläubiger ihres Mannes überall nicht geltend zu machen ist.

2. Da alle geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen heut zu Tage, im Gegensatze zu den persönlichen Rechten des Mittelalters, territoriale Geltung haben, so bezwecken alle für die örtliche Collision der Rechte aufzustellenden Regeln nur die Feststellung derjenigen besonderen Voraussetzungen, unter welchen eine gegebene Rechtsnorm auch außerhalb ihres geographisch abgegrenzten Herrschaftsgebietes zur Anwendung kommen muß, oder mit anderen Worten, unter welchen der Richter nach fremdem Rechte zu urtheilen hat. Dazu gehört nämlich, gegenüber dem Principe der Territorialität, welches jeden Richter zunächst ausschließlich an das in seinem Jurisdictionsbezirke geltende Recht bindet,

cfr. L. Pfeiffer, das Princip des internationalen Privatrechts,

immer eine, durch eben dieses Recht dargebotene besondere Veranlassung, mag dieselbe nun in einer ausdrücklichen Verweisung auf fremdes Recht, oder darin bestehen, daß das einheimische Recht seinem Sinne und Geiste nach auf den gegebenen Fall nicht angewendet sein will. In Betreff der durch Vertrag nicht fixirten Güterverhältnisse unter Ehegatten ist nun darüber kein Streit, daß jedes deutsche Ortsrecht sich nur für diejenigen Ehen, welche in seinem Gebiete ihren Sitz haben, Geltung beilegt, und daß das darnach sich richtende Güterverhältniß auch außerhalb jenes Gebietes anzuerkennen sei. Sitz der Ehe ist der Wohnort des Mannes, und das dort geltende Recht ist daher das bestimmende. Es fragt sich aber weiter — und diese Frage ist bis auf den heutigen Tag in Theorie und Praxis äußerst bestritten —, ob das so begründete Güterverhältniß sich ändere, wenn der Mann während der Ehe seinen Wohnsitz in das Gebiet eines abweichenden Ortsrechtes verlegt, oder ob das am ersten Wohnorte geltende Recht auch für alle späteren

Domicile bis zu einer conventionellen Aenderung des Güterverhältnisses wirksam bleibe.

3. Die erste Alternative hat das reine Territorialprincip unmittelbar für sich, und die zweite würde daher einer besonderen Begründung bedürfen. An sich ist ein bestehendes Güterverhältniß keineswegs für die ganze Dauer der Ehe unwandelbar, sofern aufhebende und abändernde Verträge der Ehegatten, unbeschadet der schon begründeten Rechte dritter Personen, statthaft sind, und man darf daher nicht mit Gerber,

Deutsches Privatrecht §. 229,
cfr. Gengler, Deutsches Privatrecht S. 1089,

sagen, schon die Natur des ehelichen Güterverhältnisses bringe es mit sich, daß es von dem Wechsel des Ortsrechts unberührt bleiben müsse. Allerdings handelt es sich hier, wie jener Schriftsteller richtig bemerkt, nicht um eine bloß mögliche Anwendung bestimmter Rechtssätze, auch ist es wahr, daß durch die wirkliche Anwendung des am ersten Domicil geltenden Rechts die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten eine im Leben fixirte Gestaltung gewinnen, welche eine Reihe gegenseitiger Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt; allein diese allgemeine Betrachtung führt zu keiner sicheren Lösung der vorliegenden Controverse, da nicht abzusehen ist, weshalb ein an sich nicht unwandelbares Verhältniß, dessen Gestaltung die Betheiligten nicht selbst übernommen, sondern der herrschenden Rechtsregel überlassen haben, unter der Herrschaft einer an deren Rechtsregel nicht ebenfalls ohne ihr Zuthun, wie es entstanden ist, eine Umgestaltung erfahren soll.

4. Bis auf die neueste Zeit wurde der Satz, welchen Gerber nunmehr in der eben besprochenen Weise neu zu begründen versucht hat, regelmäßig aus der Annahme abgeleitet, jedes bestehende Güterverhältniß sei auf eine Willenseinigung der Ehegatten zurückzuführen. Ein ausdrücklicher Vertrag sei eben nur dann erforderlich, wenn eine Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel beliebt werde, während im entgegengesetzten Falle der übereinstimmende Wille der Contrahenten, ohne eines wörtlichen Ausdrucks zu bedürfen, sich in der Form einer frei-

willigen Unterordnung unter das Ortsrecht kund gebe. Ohnehin seien in solchem Falle die güterrechtlichen Bestimmungen des Ortsrechts als eine ganz unentbehrliche Ergänzung des Ehevertrages, und mithin als ein Bestandtheil desselben anzusehen, da dieser Vertrag sich nicht auf die Schließung des persönlichen Ehebundes beschränken könne, sondern die davon untrennbaren Vermögensverhältnisse von selbst mit ergreife. Daß diese Annahme, welche auch Gerber a. a. O. Anmerk. 6 unter Bezeichnung ihrer hervorragendsten Vertreter für unerweislich hält, geradezu unrichtig sei, haben Chr. L. Runde

Deutsches eheliches Güterrecht §. 97 S. 217 ff.

und Phillips,

Deutsches Privatrecht, §. 139, Bd. II. S. 190 ff.

unwiderleglich dargethan. Der Vertrag, durch welchen eine Ehe zu Stande kommt, hat nach gemeinem Rechte nur die persönliche, familienrechtliche Seite des Ehebündnisses zu seinem wesentlichen Inhalte,

§. 1 J. de patria potestate (1, 9).
l. 1 D. de ritu nuptiarum (23, 2),
c. 6 C. 32, qu. 2,
c. 3 C. 27, qu. 2.
Eichhorn, Deutsches Privatrecht, §. 35 Note g.

und wird also durch einen, nur hierauf gerichteten Consens bündig geschlossen, ohne daß die Contrahenten sich der vermögensrechtlichen Folgen ihres Schrittes bewußt zu sein, geschweige denn einen übereinstimmenden Willen darüber zu haben brauchen. Es können sogar Personen, die über ihr Vermögen zu disponiren unfähig sind, eine gültige Ehe schließen, und für sie beruht dann doch die von selbst eintretende Geltung des Ortsrechtes gewiß nicht auf einer freiwilligen Unterordnung.

5. Diese Gegengründe anerkennend hat Savigny

System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII. S. 331.

darauf hingewiesen, daß bei jeder ohne conventionelle Festsetzung des Güterverhältnisses geschlossenen Ehe doch eine freie Unterwerfung unter das Ortsrecht des ersten Domicils wenigstens in dem negativen Sinne des Nichtwiderspruchs stets anzunehmen sei; er schließt daraus, daß die von dem einseitigen

Belieben des Mannes abhängende Verlegung des Wohnsitzes eine Aenderung des Güterverhältnisses mindestens dann nicht bewirke, wenn die Frau gegen das Recht des neuen Domicils sich nicht in gleicher Weise passiv verhält, sondern der Geltung desselben geradezu widerspricht. Nach dieser Ansicht, welche auch im practischen Resultate mit der vorher besprochenen keineswegs zusammenfällt, würde die Appellatin der Anwendung des Schweriner Rechts sich schon deshalb nicht entziehen können, weil sie gar nicht behauptet hat, dem Umzuge des Mannes, oder speciell dem damit verbundenen Eintritte der Gütergemeinschaft widersprochen zu haben. Ueberdies ist die von Savigny gemachte Voraussetzung durchaus unsicher. Es ist gar nicht gewiß, daß eine Frau, welche bei Eingehung der Ehe über die vermögensrechtlichen Beziehungen hinweggegangen ist, sich damit dem, zunächst zur Anwendung kommenden Ortsrechte habe unterwerfen wollen, entweder weil sie dasselbe nach vorgängiger Belehrung über dessen Inhalt billigt, oder weil sie die Zweckmäßigkeit desselben vertrauensvoll voraussetzt; in vielen Fällen bedeutet das Stillschweigen der Frau nicht, daß sie sich einer bestimmten Rechtsvorschrift, sondern, daß sie sich ihrem Manne unterordnet, und ihm, dem sie mit ihrer ganzen Persönlichkeit sich hingiebt, auch die Sorge für die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen überläßt.

6. In der That beruhen alle, mehr oder minder künstlichen Versuche, das ohne Vertrag bei Schließung der Ehe durch das Recht des ersten Domicils begründete Güterverhältniß von dem späteren Ortswechsel abhängig zu machen, auf der Erwägung, daß es unbillig sei, die Fortdauer eines Verhältnisses, welches gegen den Willen der Frau nicht hätte zu Stande kommen können, in das einseitige Belieben des Mannes zu stellen. Solche Billigkeitsrücksichten können den Mangel triftiger Rechtsgründe nicht ersetzen, und ohnehin ist die Gefahr, welche von den Ehefrauen abgewendet werden soll, objectiv betrachtet, und abgesehen von den nicht zu berücksichtigenden Besonderheiten eines einzelnen Falles nicht sehr groß. Es wird nicht leicht vorkommen, daß ein Ehemann, der seinen Wohnsitz ändert, dabei ausschließlich,

oder auch nur vorzugsweise die Absicht haben sollte, gegen den Willen der Frau und zu deren Nachtheile ein anderes Güterverhältniß herbeizuführen; wenn aber, was in der Regel anzunehmen sein wird, andere Rücksichten, z. B. wie im vorliegenden Falle die Hoffnung auf besseres Fortkommen, den Entschluß zu Wege bringen, so muß die Frau die vermögensrechtlichen Consequenzen desselben sich ebenso gefallen lassen, wie der Mann selbst, wenn er etwa die Beibehaltung des bisherigen Güterverhältnisses wünschen sollte, ohne die Frau zu einer conventionellen Fixirung desselben bewegen zu können.

7. Daß der Cridar seit seiner Uebersiedelung nach Schwerin diese Stadt wenigstens für seine Person sofort zum alleinigen Mittelpunkte seiner Wirksamkeit gemacht, und damit zu seinem ausschließlichen Domicile erhoben hat, ist unbestritten und bleibt wahr, wenn die Appellatin auch noch eine Zeit lang in Dömitz zurückgeblieben ist und das dortige Geschäft ihres Mannes auf dessen Rechnung fortgesetzt hat. Jedenfalls war sie ihm bei Ausbruch des Concurses längst gefolgt und muß daher gegenwärtig im Verhältnisse zu seinen Gläubigern ihr, durch Vertrag nicht geregeltes Güterverhältniß obiger Ausführung zufolge nach Schweriner Recht beurtheilen lassen. Danach haftet sie unbestrittenermaßen für des Mannes Schulden mit ihrem ganzen Vermögen, und muß daher auch mit ihren, aus der Eingangs gedachten Verschreibung eventuell geltend gemachten Eigenthumsansprüchen, welche ihr zur Sicherung ihrer Illatenforderung eingeräumt sein sollen, selbst wenn sie dieselben besser, als geschehen, **in jure et facto** begründen könnte, abgewiesen werden.

(Pe. 472/1859). Für die richtige Begrenzung der Consequenzen aus dem in der vorstehenden Entscheidung anerkannten Principe der Wandelbarkeit des nicht conventionellen ehelichen Güterrechtes ist folgender Rechtsfall von Interesse:

Nachdem die mit ihrem Ehemanne nach römischem Dotalrecht lebende P.'sche Ehefrau auf Scheidung geklagt und von

dem Scheidungsgerichte die Erlaubniß zu einem von ihrem Ehemanne getrennten interimistischen Aufenthalt bei ihren Eltern erhalten hatte, verkaufte Letzterer sein Gut F. und zog nach Rostock. Um nun nicht nach Maßgabe des Stadtrechts Thl. 1 Tit. 5 Art. 5 der in dieser Stadt geltenden Gütergemeinschaft unterworfen zu werden, protestirte die Frau alsbald nach Veränderung des Domicils ihres Mannes beim Rostocker Obergericht mittelst Vortrages vom 12. November 1858 gegen den Eintritt der Gütergemeinschaft und bat um die Erlassung eines öffentlichen **Notificatorii** über deren Ausschluß, indem sie sich auf die (in der Anlage **A ad [1] prim.** beigebrachten) Ehepacten berief, in welchen der Ehemann nicht allein den Empfang eines baaren Brautschatzes von 8000 Thlrn. mit dem Versprechen, dies Capital auf sein Gut F. intabuliren zu lassen anerkannt, sondern auch das Bekenntniß abgelegt hatte, eine Naturalaussteuer im Werthe von 2000 Thlrn. erhalten zu haben, in Bezug auf welche seine Frau gleichfalls Brautschatzrechte an seinem Vermögen habe. Das Obergericht leitete hierauf processualische Verhandlung ein, und erließ demnächst, nachdem der Ehemann in der von ihm erforderten Erklärung dem Antrag seiner Ehefrau widersprochen und um deren Zurückweisung gebeten hatte, unterm 10. Jan. 1859 einen der Letzteren günstigen Bescheid, in welchem es aussprach, daß der Nichteintritt der Gütergemeinschaft in gewöhnlicher Weise zur öffentlichen Kunde gebracht werden solle.

Auf Appellation des Ehemannes bestätigte das Oberappellationsgericht diesen Ausspruch mittelst Bescheides vom 4. April 1859 aus folgenden

Gründen:

— — — — Die Regel, nach welcher der Wohnort des Mannes den Sitz der Ehe bildet und das dortige Recht als das für die ehelichen Verhältnisse Maaß gebende betrachtet wird, bleibt auch in dem Falle anwendlich, wenn der Ehefrau für die Dauer eines eingeleiteten Ehescheidungsprocesses gestattet

ist, sich an einem anderen Orte aufzuhalten, da durch eine derartige interimistische Trennung das nothwendige Domicil der Frau am Wohnsitz des Mannes nicht aufgehoben wird. Im vorliegenden Falle wurde daher Rostock dadurch das Domicil der Ehe, daß der Appellant sich hier niederließ, wiewohl seine Ehefrau mit gerichtlicher Genehmigung für die Dauer des schwebenden Scheidungsprocesses bei ihren Eltern in G. zurückblieb. Nach dem sowohl gemeinrechtlich für richtig zu haltenden, als auch im Rostocker Stadtrechte Thl. 1 Tit. 5 Art. 5 ausdrücklich anerkannten Rechtssatz hat nun allerdings die Verlegung des Domicils der Ehe regelmäßig die ohne Weiteres eintretende rechtliche Folge, daß die Vermögensverhältnisse der Eheleute der Herrschaft des an dem neuen Wohnsitze geltenden Rechtes unterworfen werden; allein hieraus darf nicht die Consequenz gezogen werden, daß die Frau sich unter allen Umständen selbst zu ihrem vermögensrechtlichen Nachtheil den Eintritt des neuen Güterrechtes beim Wechsel des Domicils gefallen lassen müßte. Das Recht des Ehemannes, durch die Bestimmung über sein Domicil zugleich mit über das der Ehefrau zu verfügen, betrifft vermöge seines unmittelbaren Inhaltes nur einen Punct des zwischen den Eheleuten zu ordnenden persönlichen Verhältnisses und hat seinen Grund in der Nothwendigkeit der Aufrechterhaltung eines gemeinschaftlichen ehelichen Lebens, in Bezug auf dessen Gestaltung der Wille des Mannes vom Rechte als der überwiegende anerkannt wird; es erscheint aber als ein gegen die **bona fides** verstoßender und vom Rechte nicht zu duldender Mißbrauch, wenn der Ehemann die Befugniß zur Entscheidung über das Domicil der Ehe, welche ihm in Rücksicht auf das mit der Frau aufrechtzuerhaltende persönliche Verhältniß eingeräumt ist, dazu benutzen will, um gegen den ausgesprochenen Willen der Letzteren zu deren Nachtheil eine Veränderung der ehelichen Güterrechte herbeizuführen. Das Mißbräuchliche und Dolose eines solchen Unternehmens tritt insbesondere dann hervor, wenn die Eheleute ursprünglich nach römischem Rechte lebten und an dem neuen Wohnorte Güter-

gemeinschaft mit Haftung der Ehefrau für die Schulden des Mannes gilt, mithin durch die Unterwerfung der Frau unter dies neue Recht gerade die gesicherte Rechtsstellung aufgehoben werden würde, welche ihr das bis dahin geltende römische Recht den Dispositionen des Mannes gegenüber gewährt hatte. Wie sie bei Eingehung der Ehe ihre Einwilligung an die Bedingung der vertragsmäßigen Ausschließung der Gütergemeinschaft zu knüpfen befugt gewesen wäre, muß ihr daher auch das Recht zugestanden werden, beim Wechsel des Domicils den ihre Vermögensinteressen benachtheiligenden Eintritt der Gütergemeinschaft zu verhindern, wenn sie den Willen, die Vortheile ihrer bisherigen vermögensrechtlichen Stellung festzuhalten, durch sofortigen Protest zu erkennen giebt, und für den Fall, daß sie ihren Ehemann nicht zu einem vertragsmäßigen Ausschluß der an dem neuen Domicil gesetzlich geltenden Gütergemeinschaft zu bewegen vermag, ihren Widerspruch gegen deren Eintritt dem zur Supplirung des ehemännlichen Consenses berechtigten dortigen Richter zur Entscheidung vorlegt. Dies hat die Appellatin im gegenwärtigen Fall rechtzeitig gethan. Auch hat dieselbe ein ausreichendes Vermögensinteresse an der Ausschließung der Gütergemeinschaft durch den zur Sicherung ihrer Rechte in Betreff des Brautschatzes abgeschlossenen Vertrag, Anlage A. ad [1] prior., nachgewiesen. Mit Recht ist daher ihr Protest in [1] prior. als beachtlich anerkannt und die nach der städtischen Verordnung vom 2. September 1822 §. 22 erforderliche Bekanntmachung des Nichteintrittes der Gütergemeinschaft unter Verwerfung seines, des Appellanten, unhaltbaren Widerspruches angeordnet worden.

42.

Ueber das Verhältniß, in welchem der Vater und die Erben einer Ehefrau rücksichtlich der Rückforderung der dos profectitia zu einander stehen.

Ei. $105/_{1842}$.

Nachdem eine Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst war, liquidirte der Vater der Letzteren in dem demnächst ausgebrochenen Concurse des Ehemannes als Curator seiner Enkelin (des einzigen in der fraglichen Ehe gebornen Kindes) die von ihm selbst für deren Mutter bestellte **dos** im Betrage von 2000 Thlrn. $N^2/_3$, wurde aber in erster Instanz von der Justiz-Canzlei zu Güstrow im Prioritäts-Erkenntnisse vom 27. Nov. 1842 mit dieser Liquidation abgewiesen, da die Descendenten der verstorbenen Ehefrau bei dem Leben des Vaters derselben zur Zurückforderung der **dos profectitia** nicht berechtigt seien, vielmehr solches Zurückforderungsrecht gesetzlich nur dem Vater zustehe, und daraus, daß der Liquidant im Termine vom 28. November 1840 [45] **act.** nicht für sich selbst, sondern für seine Curandin liquidirt, eine Cession seiner Ansprüche an seine Curandin um so weniger abzuleiten, als bereits in dem gedachten Termine von dem **actore communi** das selbständige Recht der Curandin zur Zurückforderung der **dos** bestritten, dessen ungeachtet aber von Seiten des Liquidanten in keiner Weise auf die beabsichtigte Cession Bezug genommen, vielmehr ausdrücklich die liquidirten Ansprüche auf das seiner Curandin als Intestaterbin ihrer Mutter selbständig zustehende Recht der Zurückforderung gegründet, endlich aber die von dem Liquidanten in [90] vorgebrachte Behauptung, daß er nach dem Tode seiner Tochter, wiewohl vor Ausbruch des Concurses, gegen den Cridar auf sein etwaniges Recht zur Zurückforderung der **dos** zu Gunsten seiner jetzigen Curandin verzichtet habe, — deshalb nicht zu beachten sei, weil dieselbe mit seiner obigen auf die Rechte seiner Curandin, als Intestaterbin ihrer Mutter, begründeten Liquidation im Widerspruche stehe.

Auf Appellation des Liquidanten sprach das Oberappellationsgericht demselben in seiner Eigenschaft als Curator der

Enkelin den liquidirten Brautschatz von 2000 Thlrn. N²/₃ durch das Erkenntniß vom 23. November 1843 zu und bestätigte diese Reformator-Entscheidung in Folge des vom actor communis dagegen eingelegten Rechtsmittels der Restitution im Erkenntniß vom 20. Juli 1846 aus nachstehenden

Gründen:

1. Die Veränderungen, welche in den Grundsätzen des älteren Römischen Rechts hinsichtlich des Anfalls der dos nach aufgelöseter Ehe durch die

l. unic. C. de rei uxor. act. (5, 13)

festgesetzt sind, lassen sich im Wesentlichen auf zwei Hauptmomente reduciren: einmal, daß der Ehemann — abgesehen von einem etwanigen bestimmten Vertrage und denjenigen Fällen, in welchen die Ehefrau als Strafe der von ihr verschuldeten Scheidung die dos verliert — überall kein weiteres Recht auf die dos behält; und zweitens, daß im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau auch den Erben der Letzteren ein Recht auf Rückforderung der dos gewährt ist.

2. Aus jenem ersten Satze folgt für den gegenwärtigen Rechtsstreit von selbst, daß eben so wenig, wie dem Gemeinschuldner selbst ein Recht auf die hier fragliche dos zustehen würde, ein solches Recht auf dessen Creditoren übergegangen sein kann. Demgemäß ist denn auch von dem Liquidaten und Imploranten dem abseitig liquidirten Dotalanspruche nicht aus diesem Gesichtspunkte eines, den Creditoren Namens des Gemeinschuldners zustehenden, Rechts auf Zurückbehaltung der dos, sondern lediglich in der Richtung widersprochen, daß die Kinder und Erben der verstorbenen Ehefrau des Gemeinschuldners hinsichtlich der hier fraglichen dos profectitia nicht die zur Liquidation eigentlich Berechtigten seien, der eigentlich Berechtigte sich nicht gemeldet habe, mithin von der gegenwärtigen Concursmasse präcludirt sei.

3. Dies führt zu einer näheren Prüfung des oben in der rat. 1 erwähnten zweiten Satzes. Die gesetzlichen Bestimmungen entscheiden nur über die beiden Fälle, in welchen bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau der Vater der Letzteren

noch am Leben, und wo derselbe bereits verstorben. In jenem ersten Falle soll dem lebenden Vater der Frau mit Ausschließung der Erben der Letzteren, das Recht auf die Rückforderung der **dos profectitia** zustehen, in dem zweiten Falle dagegen das Recht den Erben der Frau zufallen.

4. Ueber den Fall, in welchem der, zur Zeit der durch den Tod der Frau aufgelöseten Ehe annoch lebende Vater von jenem seinem Rechte keinen Gebrauch machen will, ist in den Gesetzen durch ausdrückliche Bestimmung nicht entschieden. Es fragt sich daher, ob die Erben der Frau auch in einem solchen Falle zur Rückforderung der **dos profectitia** berechtigt sind.

5. Vom Imploranten wird dies und zwar aus dem Grunde verneint, weil daraus, daß der Berechtigte sein Recht nicht ausüben wolle, noch nicht folge, daß nunmehr die Ausübung dieses Rechts auf einen Anderen übergehe, zu diesem Zwecke vielmehr das Vorhandensein eines eigenen selbständigen — wenn auch eventuellen — Rechts dieses Anderen nothwendig sei, den Erben der Frau aber beim Leben des Vaters der Letzteren überall kein derartiges selbständiges Recht auf die **dos profectitia** zustehe.

6. Dieser letzten Behauptung läßt sich indeß nicht beipflichten. Freilich betrafen die neuen Bestimmungen der **lex unic. C. cit.** zunächst die Natur und Beschaffenheit der zur Geltendmachung des Rückforderungsrechts der **dos** stattfindenden Klage; allein zu diesen gehörte gerade in Bezug auf die subjective Berechtigung zur Klage — wie schon in der **rat.** 1 erwähnt worden — die wesentliche Veränderung des bisherigen Rechtszustandes, daß im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau nunmehr auch den Erben der Letzteren in Rücksicht der **dos** die desfallsige Klagebefugniß, also ein selbständiges Recht auf Rückforderung der **dos**, gewährt wurde.

7. Im §. 6 jenes Gesetzes ist den Erben der Frau dies Rückforderungsrecht gegeben, ohne zu unterscheiden, ob der Vater der Frau noch am Leben oder nicht, und ohne Unterscheidung zwischen einer **dos profectitia** und **adventitia**. Eben

so ist aber auch im §. 13 in fin. ibid. dem **parens** das Rückforderungsrecht gewährt, ohne sein Verhältniß zu jenem Rechte der Erben der Frau zu bestimmen.

8. Ist nun zwar nach der richtigeren Theorie, unter Mitbenutzung des vor-Justinianeischen Rechts und des Rechts der Pandecten, insbesondere der l. 6. pr. D. de jure dotium (23, 3) allerdings anzunehmen, daß bei Rückforderung der **dos a patre profecta** das Recht des **parens** prävalire, so gelangt man doch zu diesem, das den Erben in der l. unic. §. 6 C. cit. unbedingt gegebene Recht beschränkenden, Resultate nur unter der Voraussetzung, daß eben die Befugniß des **parens** mit dem Rechte der Erben **in concreto** collidirt, und hauptsächlich nur aus dem Grunde, daß das Gesetz, wenn es die im alten Rechte anerkannte Befugniß des **parens** hätte einschränken wollen, dies den Erben der Frau gegenüber eben so ausdrücklich hätte verfügen müssen, als es im §. 6 ausdrücklich die im alten Rechte bestehende Befugniß des überlebenden Ehemannes den Erben der Frau gegenüber aufgehoben hat.

9. Gerade jene Voraussetzung fehlt aber in demjenigen Falle, in welchem der **parens** auf das ihm zustehende Rückforderungsrecht verzichtet hat, und eben deshalb muß, da die Rücksicht auf den älteren Rechtszustand dann nicht mehr im Wege steht, das durch die l. unic. uneingeschränkt begründete Recht der Erben auch uneingeschränkt zur Anwendung kommen.

10. Allerdings hat aber der Implorant darin Recht, daß nicht schon die, bloß factisch unterbliebene Ausübung von Seiten des Vaters dazu ausreicht, für die Erben der Frau nunmehr das Recht auf Geltendmachung des Rückforderungsrechtes zu begründen; vielmehr wird in dieser Beziehung allemal erforderlich sein, daß *der Wille des Vaters entschieden vorliegt*, sein Recht auf Rückforderung nicht bloß für jetzt, sondern auch *überall nicht* ausüben zu wollen.

11. Eben diese Nachweisung liegt jedoch in dem gegenwärtigen Falle bereits actenmäßig vor. Abgesehen nämlich selbst davon, ob nicht schon der Umstand, daß der Vater der verstorbenen Ehefrau des Gemeinschuldners selbst Namens seiner

Enkelin als Liquidant aufgetreten, einen bündigen Schluß auf den dadurch stillschweigend erklärten Willen desselben: zu Gunsten seiner Enkelin von dem ihm **principaliter** zustehenden Rückforderungsrechte keinen Gebrauch zu machen gestattet, so ist doch auch außerdem von demselben der bestimmte Entschluß, zu Gunsten seiner Enkelin auf das ihm **proprio nomine** zustehende Rückforderungsrecht zu verzichten, also der Geltendmachung dieses Rechts überhaupt zu entsagen, sowohl in den früheren Verhandlungen vor der Prioritätsurthel [90] **prior. p. 4**, wie in der Appellations-Instanz]4] der Oberappellationsgerichts-Acten p. 32, ganz ausdrücklich ausgesprochen. Einer weiteren desfallsigen Nachweisung zur Erledigung des Legitimationspunktes bedarf es somit nicht.

12. Hiedurch beseitigt sich aber auch der fernere Einwand des Imploranten, daß die Bestimmung der **sententia contra quam** zu einer zweimaligen Herausgabe der **dos** führen könne: jetzt aus der gegenwärtigen Concursmasse an die Tochter und Erbin der verstorbenen Ehefrau des Gemeinschuldners: und später wenn der Gemeinschuldner **ad meliora** etwa gelangen sollte, an den Vater, sobald dieser sodann von seinem eigenen Rechte annoch Gebrauch mache. — Hat der Vater, wie oben bereits erwähnt, zu Gunsten seiner Enkelin ausdrücklich entsagt, und ist der letzteren sodann aus der gegenwärtigen Masse die **dos** herauszugeben, so versteht es sich auch ohne nähere Darlegung von selbst, daß dem, etwa **ad meliora** gekommenen, Gemeinschuldner die **exceptio doli** gegen den sodann klagenden Schwiegervater zur Seite stehen würde.

43.

Ueber die Geltung des Rostocker Güterrechts unter Ehegatten, insbesondere über die Haftung der Frau für des Mannes Schulden. Cu. 997/1855.

Die C'schen Eheleute, deren Güterverhältniß durch Vertrag nicht fixirt ist, hatten ihren ersten Wohnsitz an einem Orte gehabt, wo gemeines Dotalrecht gilt, waren dann im Jahre 1841 nach dem Rostocker Hospitalgute G. gezogen, hatten aber auch dieses Domicil im Jahre 1846 wieder aufgegeben und sich auf einem vom Manne angekauften Rittergute niedergelassen. Nachdem derselbe hier in gänzlichen Vermögensverfall gerathen war, wurde die Frau aus einer von ihm im Jahre 1843 contrahirten Darlehensschuld auf den Restbetrag von 1000 Thlrn. belangt. Der erste Richter verwarf den Einwand der Beklagten, daß sie für ihres Mannes Schulden überall nicht hafte, und legte der Klägerin den Beweis des Klagegrundes auf. In dem bestätigenden Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 2. Febr. 1856 wird gesagt:

Das vorige Erkenntniß ist mit Recht davon ausgegangen, die Beklagte sei dadurch, daß sie im Jahre 1841 mit ihrem Ehemanne nach dem Rostocker Hospitalgute G. gezogen, in die allgemeine Gütergemeinschaft des Rostockschen Rechts eingetreten. Nach der unzweideutigen Vorschrift im §. 106 des Erbvertrages vom 13. Mai 1788 gilt das Rostocker Stadtrecht auch in den Hospitalgütern, und im Art. 5 Th. I. Tit. V. dieses Stadtrechts ist ausdrücklich angeordnet, daß Eheleute, welche von einem andern Orte hieher ziehen, hinsichtlich der Gütergemeinschaft denen, welche hier die Ehe eingehen, gleichgestellt werden sollen. Daß in dem eben gedachten Artikel der Hospitalgüter nicht ausdrücklich erwähnt wird, kann für erheblich um so weniger geachtet werden, als die Frage, welche dort entschieden wird, im gemeinen Rechte controvers ist und von namhaften Juristen ebenfalls dahin beantwortet wird, daß mit der Veränderung des Wohnortes auch das eheliche Güterrecht sich ändere. Von diesem Grundsatze ausgehend, muß man freilich anerkennen, daß die eheliche Gütergemeinschaft der C'schen Ehe-

leute durch deren Wegzug von G. im Jahre 1846 wieder aufgehört hat, und zu demselben Resultate gelangt man auch, wenn man, der entgegengesetzten Ansicht folgend, in der vorgedachten Bestimmung des Rostocker Stadtrechts eine von dem gemeinen Rechte abweichende Besonderheit findet; denn alsdann wird deren Wirksamkeit über die Zeit hinaus, während welcher die Eheleute unter dem Rostocker Rechte gelebt haben, nicht ausgedehnt werden können. Dieser Umstand, daß die eheliche Gütergemeinschaft der C'schen Eheleute wiederum aufgehört hat, verliert im vorliegenden Falle jedoch seine Bedeutung, weil die durch die Widerklage verfolgten Ansprüche sämmtlich in der Zeit von 1841—1846 entstanden sind, und es ein unbezweifelter Grundsatz des ehelichen Güterrechtes ist, daß durch die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft wohlerworbene Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden dürfen.

Vergl. Walter, System des gemein. Deutschen Privatrechts, §. 216. Runde, eheliches Güterrecht, §. 102.

Dieser Grundsatz muß zur Anwendung kommen, gleichviel ob die Gütergemeinschaft durch Veränderung des Wohnortes, oder auf Grund gegenseitiger Uebereinkunft der Ehegatten aufgehoben wird. Was die Appellantin über die Proclamation des Erbpachtgutes G., sowie darüber vorbringt, daß Appellatin von dem Wegzuge der C'schen Eheleute von G. Kenntniß gehabt habe, ist ganz unerheblich, und ebenso ist ohne alle Bedeutung, daß der Concurs des Ehemannes der Appellantin erst mehrere Jahre nach dem Wegzuge von G. ausgebrochen ist. Es kommt allein darauf an, ob und in wie weit sie während des Bestehens der Gütergemeinschaft der Appellatin verhaftet worden ist, und in dieser Beziehung entsprechen die in dem ersten Erkenntnisse angenommenen Grundsätze dem Rostockschen statutarischen Rechte, insbesondere den Vorschriften in den §§. 19, 20, 23 der städtischen Verordnung vom 2. September 1822.*)

*) Die angezogenen Stellen dieser Verordnung lauten:

§. 19. Da der Unterschied zwischen einer beerbten und unbeerbten Ehefrau in Hinsicht der Wirkung der ehelichen Gütergemeinschaft

Daß Appellantin für die libellirten Schulden ihres Ehemannes nur mit demjenigen Vermögen, welches sie beim Wegzuge von G. inferirt hatte, haftet, ist in den Rationen der sententia a qua sub 7 und 8 d ausdrücklich anerkannt.

Nach absolvirtem Beweisverfahren wurde die Beklagte rechtskräftig verurtheilt, die libellirten 1000 Thlr. nebst Zinsen so weit zu zahlen, als das bis Johannis 1846 von ihr ihrem Ehemanne zugebrachte Vermögen dazu ausreiche. Nunmehr berief die Klägerin sich darauf, daß die Beklagte bei Eingehung der Ehe im Jahre 1837 eine von ihrem Vater bestellte dos von 10,000 Thlrn. eingebracht habe, und bescheinigte diese Behauptung durch die von dem Manne über den Empfang dieser Summe ertheilte Quittung, mit welcher die Beklagte selbst im Concurse seiner Gläubiger jene Dotalforderung liquidirt hatte. Die Beklagte gestand zwar zu, daß ihr Vater das Geld hergegeben habe, behauptete aber, dies sei unter dem ausdrücklichen Vorbehalte späterer genauerer Bestimmung über die Größe der dos geschehen, und erst im Jahre 1847 habe der Vater, nachdem sein Guthaben in Folge mehrfacher Nachschüsse auf 25,000 Thlr. angewachsen sei, erklärt, daß von dieser Summe 10,000 Thlr. als dos und 15,000 Thlr. als ein dem

---

wegen Verhaftung für die Schulden des Ehemannes, künftig nicht weiter eintreten soll, sondern hiedurch gänzlich aufgehoben wird; so kann nur allein in dem Falle, wenn die eheliche Gütergemeinschaft gültig aufgerufen ist, die Ehefrau mit demjenigen Vermögen, was sie oder ihre Erben sonst nach getrennter Ehe von dem Manne zurückzufordern berechtigt sind, in so weit keine Vindication Statt hat, in der 2ten Klasse ihren Platz finden.

§. 20. Die Verhaftung der Ehefrau für die Schulden ihres Ehemannes ergreift nur die während der Ehe contrahirten Schulden.

§. 23. Geschieht die Aufrufung der ehelichen Gütergemeinschaft vor vollzogener Ehe, so haftet die Ehefrau für keine Schulden ihres Ehemannes; tritt solche aber erst nach geschlossener Ehe ein, so wird jene Verhaftung in Rücksicht der neuen nach der öffentlichen Bekanntmachung der geschehenen Aufrufung contrahirten Schulden gänzlich, in Rücksicht der vorhergehenden aber nur in so weit aufgehoben, als die Gläubiger im Stande sind, ihre Forderungen von dem Ehemanne beizutreiben.

Manne gegebenes Darlehn gelten solle. Uebrigens sei von diesem ganzen Dotalcapitale bei Auflösung der Gütergemeinschaft im Jahre 1846 nichts mehr übrig gewesen, indem damals das eheliche Gesammtvermögen insolvent gewesen sei. Sie konnte indessen nicht leugnen, bei einem im Jahre 1852 getroffenen Arrangement auf ihre Dotalforderung 7116 Thlr. 20 ßl. restituirt erhalten zu haben, auch konnte sie nicht darthun, seitdem zur Tilgung der Schulden ihres Mannes mehr als 2700 Thlr. verwendet zu haben. Auf Grund dieser Vorlagen erfolgte ihre unbedingte Verurtheilung zur Zahlung des Libellats. Der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 15. Juli 1858 führt aus:

Die rechtskräftige Bestimmung, daß die Beklagte diejenigen 1000 Thlr. Cour. **cum usuris**, zu deren Zahlung sie verurtheilt worden war, nur so weit zu entrichten habe, als das bis Johannis 1846 von ihr ihrem Ehemanne zugbrachte Vermögen dazu ausreiche, beruht auf dem nach hiesigem Stadtrechte bei der ehelichen Gütergemeinschaft geltenden Grundsatze, daß die Frau für die Schulden des Mannes nur mit dem in Folge der Gütergemeinschaft zu seiner Disposition gekommenen Frauengute verhaftet sei. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob die bei Auflösung der Gemeinschaft unbefriedigt gebliebenen Gläubiger des Mannes speciell an die der Frau restituirten Vermögensobjecte gewiesen wären und schon dann leer ausgehen müßten, wenn zur Zeit der Geltendmachung ihres Anspruches jene vom Manne zurückgegebenen Sachen nicht mehr im Vermögen der Frau sich befinden sollten; Letztere haftet vielmehr persönlich, so weit der Werth ihres zurückempfangenen Gutes reicht, weil sie so weit auf Kosten der Gläubiger des Mannes, hinter denen sie hätte zurückstehen müssen, bereichert ist.

Runde, Deutsches eheliches Güterrecht, §. 51.

Hienach genügte, wenn die Klägerin nachwies, daß die Beklagte 1. vor Johannis 1846 ihrem Ehemanne Vermögen zugebracht, und 2. nach Auflösung der Gütergemeinschaft darauf so viel zurückerhalten habe, als zur Deckung des gegenwärtig zur Execution stehenden Judicates erforderlich ist.

Es war dann der Beklagten Sache, gegenbeweislich darzuthun, daß sie den Werth des restituirten Frauengutes ganz oder theilweise bereits zur Tilgung anderer von ihr mitzutragenden Schulden ihres Mannes verwendet habe; sonstige Verwendungen zu anderen Zwecken kommen nicht in Betracht.

Nun hat die Klägerin

ad 1) auf den Brautschatz hingewiesen, welchen die Beklagte bei ihrer Verheirathung im Jahre 1837 zum Werthe von 10,000 Thlrn. N²/₃ von ihrem Vater erhalten und ihrem Manne inferirt habe. Der Betrag ist unbestritten und die Zeit der Illation wird aus der von ihr selbst mitvollzogenen Quittung ihres Mannes, welche sie bei Anmeldung der Dotalforderung in dessen Debitwesen als Anlage **A ad** [92] **act. junct.** in beglaubigter Abschrift eingereicht hat, entnommen. Sie hat sich damals ihren Mitgläubigern gegenüber zur Begründung ihres Liquidats schlechthin auf diese Urkunde bezogen, ohne die über die Zeit der Dotalbestellung gemachte Angabe, die überdies von dem Schuldbekenntnisse des Ausstellers rechtlich nicht getrennt werden darf, als unrichtig zu bezeichnen. Jedenfalls hat sie diese Quittung dadurch, daß sie sich darauf berufen hat, als echt anerkannt, und muß daher dieselbe nunmehr auch für ihre jetzige Proceßgegnerin, welche zu den Concursgläubigern gehörte, als Beweismittel gelten lassen. Zur Bewahrheitung ihrer Behauptung, daß die dos erst im Januar 1847 bestellt sei, hat sie bis jetzt nichts beigebracht; ja, es sind die bis jetzt dafür angeführten Thatsachen, deren Wahrheit vorausgesetzt, nicht einmal schlüssig. Wenn nämlich ihr Vater bei ihrer Verheirathung auch erklärt hätte, daß Alles, was er an Aussteuer und an baarem Gelde in ihre Ehe gebe, zu seiner Disposition bleiben solle, so würde daraus doch nicht zu schließen sein, daß er sich seiner väterlichen Dotationspflicht ganz habe entziehen wollen, vielmehr würde nur angenommen werden können, daß er lediglich die nähere Bestimmung darüber, wie viel von dem hergegebenen Vermögen als dos gelten solle, späterer Entschließung vorbehalten habe. Diese Annahme würde durch die im Januar 1847 angeblich getroffene Vereinbarung

nur bestätigt werden. Betrug damals das Guthaben ihres Vaters 25,000 Thlr. und bestimmte er nunmehr, daß von dieser Summe 10,000 Thlr. als dos und die übrigen demnächst auf das damals acquirirte Gut Cr. eingetragenen 15,000 Thlr. als ein dem Ehemanne gegebenes Darlehn angesehen werden sollten, so dotirte er in der That nicht erst jetzt seine Tochter, sondern er traf nur die vorbehaltene nähere Bestimmung über die Höhe der dos. Daß er diese in dem erwähnten Betrage fixirte dos als eine schon bei Eingehung der Ehe constituirte betrachtet wissen wollte, würde vollends unzweifelhaft sein, wenn er, wie sie selbst sagt, ihrem Ehemanne die Zinsen auf die entsprechende Capitalsumme seit Johannis 1837 zu gute rechnete. Ob Letzterer beim Wegzuge von G. und der dadurch von selbst bewirkten Aufhebung der statutarischen Gütergemeinschaft, im Stande gewesen wäre, das Dotalcapital zu restituiren, ist gleichgültig, und die von ihr aufgemachte Berechnung, wonach in jener Zeit das eheliche Gesammtvermögen eine erhebliche Unterbilance hatte, ganz irrelevant; genug, daß sie

ad 2) im Jahre 1852 unbestrittenermaßen auf ihre Dotalforderung durch Uebereignung des Cr'er Guts- und Haus-Inventars die Summe von 7116 Thlrn. 20 ßl. restituirt erhalten hat, mithin bis zu diesem Betrage für die aus der Zeit der Gütergemeinschaft originirenden Schulden ihres Mannes haftet. Daß sie auf den Abtrag solcher Schulden bis jetzt mehr verwandt hätte, als die an die Klägerin und deren Geschwister abschläglich gezahlten 2700 Thlr, liegt nicht vor, insbesondere erhellt aus ihren eigenen Angaben, daß sie die auf Cr. für ihren Vater intabulirt gewesenen 15,000 Thlr. nicht bezahlt hat. —— Im Uebrigen aber ist, wie oben bereits bemerkt worden, ihre Haftung dadurch nicht bedingt, daß sie die vom Manne restituirten Objecte noch jetzt in natura besitze.

44.

Zur Auslegung und Anwendung des Lib. II. Tit. 2 Art. 12 des Lübischen Rechts. Fe. 290/1847.

Unterm 11. Sept. 1811 errichtete der Bürgermeister D. zu Ribnitz vor dem dortigen Waisengerichte ein Codicill, worin er erklärte:

es sei sein Wille, die treuen und redlichen Dienste der bei ihm jetzt 25 Jahre in Dienst stehenden Catharina Dorothea F. zu belohnen, weshalb er derselben, jedoch in der Voraussetzung, daß sie ihren Dienst nach wie vor getreulich fortsetzen und bis zu seinem Tode bei ihm bleiben würde, aus seinem Nachlasse und zwar so lange sie leben würde, alljährlich 100 Thlr. N²/₃ zusichere. Bekanntlich habe er bei dortiger Stadtkämmerei verschiedene Capitalien stehen, davon sollten so viele bei derselben zinsbar stehen bleiben, als zur jährlichen Abtragung des der F. zugesicherten Postens von 100 Thlrn. N²/₃ erforderlich, und nur erst nach dem Tode der gedachten F. seine Erben berechtigt sein, selbige kündigen und sich auszahlen lassen zu können. Die 100 Thlr. N³/₃ sollten aber alljährlich **Term. Antonii und Trinitatis** an die F. bezahlt werden, und zwar in jedem der gedachten Termine 50 Thlr. Ferner sei es sein ausdrücklicher Wille, daß an dem Tage, wenn er sterben werde, der F. 20 Thlr. als Lohn aus seinem Nachlasse gereicht werden sollten, und auch an seinem Todestage sollten sogleich an dieselbe von den ihr alljährlich zugesicherten 100 Thlrn. 50 Thlr. ausgekehrt werden, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob einer der obbestimmten Termine bereits schon gewesen sei oder noch komme. E. E. Rath solle auf die genaueste Erfüllung dieser seiner Anordnung halten u. s. w.

Der Testator starb; die Legatarin heirathete später den Webermeister H., lebte mit demselben in einer 26½jährigen kinderlosen Ehe und starb am 26. September 1841 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Der Ribnitzer Magistrat leitete die Regulirung ihres Nachlasses und vertheilte gemäß dem dort geltenden Lübischen Rechte den von dem überlebenden Ehemanne zu 686 Thlrn. 21 ßl. angegebenen Bestand

der Masse unter die drei Berechtigten, nämlich den Wittwer, den Sohn eines verstorbenen Bruders der Erblasserin, und einen Bruder derselben, den Bündner Heinrich F, nachdem diese schon am 20. November 1841 sich gegenseitig als Erben anerkannt und die Erbschaft angetreten hatten. Die Theilung der obigen Summe geschah in der Art, daß dem überlebenden Ehemanne als statutarische Portion die eine Hälfte überlassen ward, von der anderen Hälfte 1/4 an den Brudersohn, 1/4 an den Bruder fiel.

Der Letztere war aber hiemit nicht zufrieden, und trat unter Berufung auf vorgedachte Thatsachen gegen den Wittwer mit folgender Klage bei dem Stadtgerichte zu Ribnitz hervor:

Die Erblasserin habe außer der obbezeichneten Summe dem Beklagten während ihrer 26 1/2jährigen Ehe noch jährlich 100 Thlr. N 2/3 aus jenem Vermächtniß zugebracht, so daß also **in summa** 2650 Thlr. N 2/3 an sie selbst oder ihren Ehemann ausgezahlt worden. Diese Summe gehöre auch mit zum Nachlaß und müsse vom Beklagten nach dem Lübschen Rechte **Lib. II. Tit. II.** Art. 12 in der Art zur Erbtheilung gebracht werden, daß ihm, dem Kläger, 1/4 derselben mit 662 Thlr. 24 ßl. zukomme. Das Petitum geht demgemäß auf Verurtheilung zur Auszahlung von 662 Thlr. 24 ßl. (nebst Verzugszinsen.)

Der Beklagte räumte **excipiendo** ein, daß das erwähnte **Legatum annuum** seiner Ehefrau während ihrer 26 1/2jährigen Ehe ausgezahlt worden sei; er behauptet aber, daß er für sich von diesem Gelde nichts in Empfang genommen, und wenn er mitunter bei der Einzahlung des Geldes concurrirt haben sollte, so sei er doch stets nur für seine Frau und deren Interesse thätig gewesen. Er stellt ferner in Abrede, daß seine Ehefrau das fragliche Geld ihm zugebracht habe und er zu einer Theilung verpflichtet sei. So wie das **annuum** seinem Zwecke nach als eine reine Nutznießung anzusehen und dasselbe seiner Frau vermacht worden sei, um ihr ein sorgenfreies Leben zu verschaffen, nicht aber, um davon Capitalien zu sammeln, so sei es ihr auch nicht in den Sinn gekommen, von dem **annuo** etwas aufzusparen. Sie habe die Casse geführt, Dispositionen getroffen

und von dem annuo wohlthätige und freigebige Verwendungen gemacht (von welchen 14 verschiedene Fälle aufgezählt werden.)

In der Replik bestreitet der Kläger die von dem Beklagten angegebenen einzelnen Verwendungen und Geschenke, welche durch seine Frau oder auf ihr ausdrückliches Verlangen durch ihn von dem libellirten annuo gemacht sein sollten, als unbegründet. Der Testator möge die Absicht gehabt haben, der Honorirten durch das Legat ein sorgenfreies Leben zu verschaffen, er habe gewiß aber nicht gedacht, daß sie nichts davon ersparen würde; im Gegentheil werde derselbe erwartet haben, daß sie die 100 Thlr. zu Capital schlagen und im Alter von den Zinsen zehren werde. So sei es auch geschehen. Sie sei nicht so überaus freigebig und wohlthätig gewesen, wie der Gegner darstelle, noch weniger sei es ihr vom Gegner erlaubt worden, die Casse zu führen und Dispositionen zu treffen, vielmehr wisse er bestimmt und könne durch Zeugen beweisen, daß nicht bloß die Casse in seinen, des Gegners Händen gewesen, sondern auch, daß er ihr stets die fraglichen 100 Thlr. abgenommen, sobald und so oft sie dieselben empfangen. Schließlich sucht Kläger nachzuweisen, daß das fragliche Geld als dem Beklagten zugebracht anzusehen, derselbe auch als der gesetzlich zur Disposition über das gesammte eheliche Vermögen Berufene wegen einer etwanigen Consumtion verantwortlich sei.

Nachdem die Duplik eingegangen war, legte das Stadtgericht zu Ribnitz in dem Erkenntnisse vom 9. März 1843 (abgesehen von einem die Forderung der Verzugszinsen betreffenden Beweise) dem Kläger, reprobatione salva, den Beweis auf:

die verstorbene Ehefrau des Beklagten habe dem Letzteren das ihr von dem weiland Bürgermeister D. legirte Annuum von 100 Thlrn. N²/₃ während ihrer 26½jährigen Ehe in der Summe von 2650 Thlr. N²/₃ oder in welchem geringeren Betrage als Heirathsgut (also zum Zweck davon zu bestreitender ehelicher Lasten) zugebracht oder doch überhaupt seinen Händen anvertrauet.

Dagegen wurde dem Beklagten, mit Vorbehalt des Gegenbeweises der Beweis der in 14 Nummern behaupteten (und

einzeln aufgeführten) Verwendungen als Einreden freigelassen und zwar wurde dieser Beweis auf Verwendungen aus dem **annuo** entweder durch die Frau selbst oder mit deren Einwilligung durch den Beklagten gerichtet.

Aus den Verhandlungen der durch die Appellation beider Parteien herbeigeführten zweiten Instanz ist hervorzuheben, daß der Beklagte nunmehr zugestand, daß er die Quittungen über die einzelnen Raten ausgestellt und eben so auch diese Letzteren in Empfang genommen habe. Er behauptete dabei jedoch, die Gelder seiner Frau behändigt zu haben, welche die Casse geführt, und so dann den Betrag in der früher beschriebenen Weise verwandt habe.

Die Justiz-Canzlei zu Rostock strich nicht allein in Folge des angeführten Geständnisses des Beklagten in dem Erkenntnisse vom 15. Februar 1847 den in erster Instanz dem Kläger auferlegten Beweis, sondern reformirte im Uebrigen auch auf Appellation des Beklagten dahin, daß sie dem Kläger den binnen 14 Tagen **salva reprobatione** zu erbringenden Beweis auflegte,

daß die als Gegenstand der Erbtheilung von ihm in Anspruch genommenen, von dem Beklagten aus dem dessen jetzt verstorbener Ehefrau von dem wailand Bürgermeister D. in Ribnitz zugewandten Vermächtnisse von jährlich 100 Thlr. N²/₃ geständlich erhobenen 2650 Thlr. N²/₃ entweder ganz oder bis zu welchem Belaufe von dem Beklagten oder dessen Ehefrau erspart und als Capital belegt oder zum Ankaufe von Immobilien verwendet worden oder aber zur Zeit des Todes der Ehefrau des Beklagten noch baar bei Letzterem vorhandengewesen.

Auf weitere Appellation beider Parteien erkannte das Oberappellationsgericht unterm 3. Juli 1848 **reformando**:

daß es dem Beklagten obliege, binnen einer vom Gerichte erster Instanz anzuberaumenden Frist, **salvis reprobationibus**, zu beweisen:

entweder:

1. daß er seiner Ehefrau die Verwaltung und Disposition über das, ihr aus dem D.'schen Legate zugefallene **annuum** während bestehender Ehe eingeräumt habe;

oder:

II. diejenigen Einreden, welche und wie ihm dieselben in der Urthel des Ribnitzer Stadtgerichts vom 9. März 1843 auferlegt worden, mit der alleinigen Abänderung, daß er außer dem Beweise, daß die dort bezeichneten Schenkungen und Verwendungen von ihm auf Verlangen seiner Ehefrau oder von dieser selbst gemacht worden, **ad** 1, 2, 3a, 4, 5, 6, 7, 9—14 **inclusive** nicht noch den Beweis zu führen habe, daß selbige aus dem **annuum** der Ehefrau oder zu Lasten dieses Legats geleistet seien.

Dem Kläger wurde dabei **salva reprobatione** gegen den Beweis **sub** I. derjenige Beweis vorbehalten, welcher, und in derjenigen Fassung, wie derselbe ihm in der zweiten Urthel der Justiz-Canzlei auferlegt worden war.

Gründe.

1. Wenn bei unbeerbter Ehe die Verwandten der verstorbenen Ehefrau auftreten und das von derselben in die Ehe gebrachte Gut vom Ehemanne fordern, so sollen sie, nach dem

revidirten Lübschen Rechte lib. I. Tit. 5 Art. 15

die Illation beweisen. Dieses Beweises bedarf es aber in vorliegender Sache nicht, da der Beklagte den Empfang der vom Bürgermeister D. legirten, jährlich während der 26½ jährigen Ehe ausgezahlten 100 Thlr., mithin den Empfang der libellirten 2650 Thlr. N²/₃ eingeräumt hat. — [6] **act. Canc. pag.** 2 —.

Die erste Beschwerde des Beklagten und Appellanten ist daher verwerflich.

2. Liegt nun der Beweis der Einbringung des Libellats in die Ehe vor, so haben die Verwandten der unbeerbt verstorbenen Ehefrau nach dem

revidirten Lübschen Rechte lib. II. Tit. 2 Art. 12

an sich das Recht, von dem überlebenden Ehemanne den halben Theil des Gutes, welches er mit ihr bekommen, wiederzufordern. — Hiergegen ist vom Beklagten eingewandt:

a. daß nach dem in der Stadt Ribnitz geltenden Lübschen Rechte der Ehemann nur verpflichtet sei, den Verwandten

der unbeerbt verstorbenen Ehefrau dasjenige zu restituiren, was sie gleich anfangs in die Ehe gebracht habe;

b. daß er, der Beklagte, gemäß der rechtlichen Natur des seiner Ehefrau vom Bürgermeister D. hinterlassenen Legats das Eigenthum aller der aus diesem Legate in die Ehe geflossenen Revenüen erworben habe, und deshalb gar nicht zur Restitution verpflichtet sei. Dieses Legat sei als ein an Capitalien bestellter Ususfruct aufzufassen; die Frau habe diesen Ususfruct in die Ehe gebracht, und er, als Ehemann, sei nach den Bestimmungen des Römischen Rechts

l. 7 §. 2 D. de jure dotium (28, 3)
l. 4 D. de pactis dotalibus (23, 4)

nur zur Restitution des jus ipsum, nicht aber der vermöge desselben percipirten Früchte verpflichtet.

Beide Einwendungen sind für begründet nicht zu achten. Daß nämlich sowohl nach dem alten, als nach dem revidirten Lübschen Rechte das von der Ehefrau später Erworbene dem gleich anfangs in die Ehe Inferirten rechtlich völlig gleichstehe, ist schon in den Gründen zum vorigen Erkenntnisse genügend dargelegt*) und es hat diese Ansicht auch die ältere und die neuere Doctrin für sich.

---

*) Die bezügliche Ausführung des zweiten Erkenntnisses lautet also: Die streitenden Theile geben

1. den Satzungen des Lübischen Rechtes, welche von der nach dem Tode einer kinderlosen Wittwe eintretenden Erbschichtung zwischen dem Wittwer und den nächsten Intestaterben seiner verstorbenen Ehefrau handeln, eine verschiedene Deutung, indem der Kläger nicht allein Dasjenige, was Letztere zur Zeit der eingegangenen Ehe in diese inferirt hat, sondern auch alles Dasjenige, was während der Ehe ihr zugefallen ist, zur Theilung herangezogen, Beklagter dagegen die Verpflichtung des Wittwers nur auf erstere Gegenstände —, welche in substrato schon früher zur Theilung gebracht worden sind — beschränkt wissen will —. Bei der Entscheidung über diese Differenz sind zunächst die Bestimmungen des über den fraglichen Gegenstand mit denen des revidirten Lübschen Rechts zusammentreffenden alten Lübschen Rechtes zu berücksichtigen. Hier heißt es:

Stein, Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit pag. 66 Not., pag. 94 Note X.

Pauli, Abhandlungen aus dem Lübschen Rechte Thl. 2 pag. 10, 11, 67.

Ferner aber sichert der Testator in seinem unterm 11. September 1811 errichteten Codicille die lebenslänglich alljährlich

---

Van Erve weder to kerende na dode. Sterft eneme Manne sin Wif unde hebbet se nene Kindere tosamen, de Man schal weder keren (wederghewen) der Bruwen negesten Erwen dat halve Del (de Helffte) des Ghudes dat he mit der Bruwen genommen hevet,

und in dem lateinischen Codex:

Si viro moritur mulier sua et si (pariter) liberos non habuerint, vir refundere tenetur proximis heredibus mulieris medietatem substantiae quam cum muliere acceperat.

Ist es nun zwar in Zweifel gezogen worden, ob zu dem mit der Frau genommenen Gute auch das während der Ehe von den Eheleuten gewonnene Gut zur Halbscheid heranzuziehen sei,

cfr. Mantzel jus Mecklenb. et Lubecense illustratum, Centuria II. judic. X., judic. LII. und der dort allegirte Cothmann Consil. Vol. IV, cons. 25,

so fehlt es doch an allem Grunde, unter demjenigen, was die Ehefrau zur Zeit der eingegangenen Ehe und was sie im Laufe des ehelichen Zusammenlebens inferirt — dem Manne zugebracht — hatte, einen Unterschied zu machen; denn von dem Einen wie von dem Anderen gilt der Ausdruck „Gut, was der Ehemann mit der Frau genommen hat," — bona quae cum ea acceperat; und zu der von dem Beklagten intendirten beschränkten Auffassung darf man sich nach den Regeln der Auslegung um so weniger veranlaßt finden, wenn man die gesetzlichen Bestimmungen über den umgekehrten Fall — wenn der Mann stirbt und die kinderlose Wittwe sich mit des Mannes nächsten Erben auseinanderzusetzen hat, berücksichtiget, indem sich danach die Grundansicht herausstellt, daß das privative Gut des zuerst verstorbenen Ehegatten den nächsten Intestaterben desselben zur Hälfte zu Theil werden, also bei dessen Familie bleiben soll. Es sind aber auch die bedeutendsten Auctoritäten, neben mehreren Entscheidungen des gerade nach dem alten Lübschen Rechte urtheilenden Oberhofes zu Lübeck, welche auch das, was der verstorbenen Ehefrau erst constante matrimonio zugefallen war, zu demjenigen rechnen, was der Wittwer mit den nächsten Erben der defunctae zu theilen hat;

cfr. Michelsen, Der Oberhof, Nr. 95 und 211 und besonders Nr. 149 und 187.

Pauli, Das eheliche Erbrecht nach Lübschem Rechte, §. 17.

Mantzel, loco supra citato.

auszuzahlenden 100 Thlr. N²/₃ der Legatarin ausdrücklich aus seinem Nachlasse zu. An mehreren Stellen jenes Codicilles wird als eigentlicher Gegenstand des Vermächtnisses der ihr zugesicherte Posten von jährlich 100 Thlr. bezeichnet, und dem Nachlasse die Abbürdung dieser Last auferlegt. Damit stimmt überein, daß die Capitalien, aus welchen nach weiterer codicillarischer Anordnung die Zahlung geschehen soll, nur generell als bei der Ribnitzer Stadt-Commüne stehend, und ohne specielle Bezeichnung ihres Betrages aufgeführt sind. Auch steht damit nicht in Widerspruch, daß der Testator überhaupt Capitalien zur Abbürdung des Legats aus den Zinsen derselben angewiesen, und den Erben zur Pflicht gemacht hat, dieselben während des Lebens der Legatarin ungekündigt zinsbar stehen zu lassen. Dies erscheint lediglich als eine zu Gunsten der Vermächtnißnehmerin, nämlich zu ihrer Sicherstellung hinzugefügte Beschränkung und der Zusammenhang des Codicilles berechtigt nicht dazu, darin umgekehrt zu ihrem Nachtheile zu finden, daß sie eben nur an diesen Capitalien und gerade nur an denselben ein lebenslänglich dauerndes Recht haben solle, welches also bei etwanigem Verlust derselben erloschen sein würde. Die jährlichen Leistungen hatten mithin nicht den juristischen Character von Früchten, an denen der Ehemann durch Perception derselben sofort das Eigenthumsrecht zu erwerben berechtigt gewesen, sondern sind als Capitalien zu restituiren.

Huber, praelect. prt. II. lib. XVII. Tit. 2 §. 10.

3. Berücksichtiget man das vom Testator selbst angegebene Motiv dieses Vermächtnisses, daß es nämlich eine lebenslängliche Belohnung für treu geleistete langjährige Dienste sein sollte, so mag man es nicht unpassend ein Alimentenlegat nennen

---

und wenn diese Ansicht noch einer weiteren Stütze bedürfen könnte, so würde dafür anzuführen sein das alte Soester Stadtrecht — aus welchem das Lübsche Recht vorzugsweise geschöpft worden — welches im Art. 161 sich unzweideutig ausspricht, daß außer dem Brautschatze, den der Wittwer empfangen hatte, auch zur Theilung kommen solle:

dorto so what der Braven von ehren Bründen ghegheven este verstorven is.

können. Daraus läßt sich aber nicht eine solche rechtliche Folge ableiten, worauf die vorige Urthel die dort erkannte Vertheilung der Beweislast gegründet hat.*) Zunächst liegt darin nicht eine rechtliche Präsumtion für die Willensmeinung des Testa-

---

*) Die betreffende Ausführung des zweiten Erkenntnisses lautet: Die, während des Bestandes einer 26½jährigen Ehe der verstorbenen Ehefrau des Beklagten zugekommenen, von Letzterem geständlich erhobenen jährlichen 100 Thlr. N²/₃ wurden ausgezahlt vermöge eines Vermächtnisses des wailand Bürgermeisters D. zu Ribnitz an die jetzt verstorbene Ehefrau des Beklagten, welche für vieljährige dem Vermächtnißgeber geleistete treue Dienste durch eine ihr zugewandte jährliche Revenüe belohnt werden sollte. Nach dem Inhalte der bezüglichen bei den Acten vorliegenden Disposition des Bürgermeisters D. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dies Legat den Zweck hatte, zum Unterhalte der verstorbenen Ehefrau des Beklagten zu dienen und ihr eine sorgenfreie Zukunft zu gewähren; dies folgt aus der Beschaffenheit des Legats als einer jährlich bis zum Lebensende der Legatarin wiederkehrenden, nicht übermäßigen, sondern den Verhältnissen durchaus angemessenen Rente und aus den sonstigen Bestimmungen der Disposition des Vermächtnißgebers, namentlich auch aus der Vorschrift, daß am Tage seines Todes der Legatarin sofort 50 Thlr. von der jährlichen Rente vorausbezahlt werden sollten. — Diese Bestimmung des Vermächtnisses ist dadurch, daß die Honorirte sich späterhin — nach dem Tode ihres Dienstherrn und Wohlthäters — verheirathet hat, keineswegs abgeändert oder aufgehoben worden, auf keinen Fall hat diese jährliche Rente dadurch, daß sie fortan zum gemeinsamen Nutzen beider Eheleute diente, ihre rechtliche Natur gewechselt und den Character eines Capitals, eines Substanz-Vermögens, angenommen, dessen Bestimmung es gewesen wäre, conservirt zu werden; sie blieb hiervon eben so weit entfernt als von dem Character eines legirten Nießbrauchs. Ist Vorstehendes richtig, so fehlt es an einem genügenden Grunde anzunehmen, daß die Rente nicht ihrer Bestimmung gemäß von den Eheleuten verwandt worden sei, ohne daß es noch weiter darauf ankommen kann, ob der Ehemann, nachdem er sie jedesmal zur Verfallzeit — wie er eingesteht — erhoben, dieselben seiner verstorbenen Ehefrau übergeben und ihr die Verwendung überlassen hat, wozu er unzweifelhaft befugt war — oder ob er selbst darüber verfügt habe; nur in so weit als von jenen Rentenhebungen etwas erübrigt und in dem Besitze des Beklagten verblieben sein sollte, könnten sie Gegenstand der Theilung mit den Erben der verstorbenen Ehefrau des Beklagten werden, welchen es obliegt, über das Vorhandensein solcher Ersparnisse — worauf sie in der Replik speciell hingedeutet haben — die gehörige Nachweisung zu geben.

tors, daß die Legatarin, wenn sie sich verheirathen würde, die Selbstverwaltung des Legats und eine von eheherrlicher Voigtschaft völlig befreiete Disposition über dasselbe haben sollte. Auch ein Alimentenlegat fällt nach der Regel des Lübschen Rechts an sich der Verwaltung und Disposition des Ehemannes anheim. Noch weniger liegt darin eine Präsumtion dafür, daß das Alimentenlegat seiner rechtlichen Bestimmung nach, vermöge deren es zum Unterhalte der Frau verwandt werden durfte, wirklich factisch consumirt worden sei. Endlich findet sich auch in dem Codicille keine Spur davon, daß der Testator das Legat etwa unter der Bedingung, daß es zum Unterhalte der Legatarin wirklich consumirt werden sollte, habe aussetzen wollen.

4. Bei unbeerbter Ehe bleibt bei Lübschem Rechte die Ehefrau an sich die Eigenthümerin des inferirten Capitals und der Ehemann erwirbt vermöge ehelicher Voigtschaft das Recht der Verwaltung und des Fruchtgenusses. Auch ist dieses Dispositionsrecht des Mannes ein sehr ausgedehntes, so daß er regelmäßig weder Sicherheit zu leisten,

— lib. I. Tit. 5 Art. 10 des revidirten Lübschen Rechts —

noch für die Abnutzung in stehender Ehe Ersatz zu leisten braucht.

— ibid. Art. 4 —.

Dabei ist es entschiedener Grundsatz, daß der Ehemann seiner Ehefrau nicht bloß im Einzelnen Verwendungen aus dem Frauengute gestatten, oder mit ihrer Einwilligung selbst solche Verwendungen auch zu Gunsten dritter Personen machen darf, ohne irgendwie deshalb zum Ersatz pflichtig zu werden, sondern es ihm auch freisteht, die Verwaltung und Verwendung des Eingebrachten der Ehefrau gänzlich zu überlassen und in so weit seiner ehelichen Voigtschaft zu entsagen.

Pauli a. a. O. pag. 45, 51.

Im letzteren Falle erhält das Eingebrachte die Natur eines der völlig freien Verwaltung und Disposition der Frau überlassenen Sondergutes, worauf die Grundsätze über Verwaltungs- und Ersatzpflicht des Ehemannes keine Anwendung leiden. Die Frau hat dann nicht bloß mehr das Eigenthum an

ihrem Eingebrachten, sondern auch die vollständige Ausübung dieses Eigenthumsrechts. Die rechtliche Folge hievon ist, daß, wenn der Ehemann die geschehene Ueberlassung des Frauengutes an seine Ehefrau darthut, die Verwandten derselben nur dann gegen den Ersteren ihre Klage auf Restitution des ihnen Zukommenden mit Erfolg durchführen können, wenn sie behaupten und beweisen, daß jenes Gut, **eventualiter** bis zu welchem Belaufe, beim Tode der Ehefrau noch vorhanden gewesen, sei es baar und **in natura** oder vermittelst Ersparung in ausstehenden Capitalien oder durch Anlegung in Ankauf von Immobilien.

5. Nach vorstehenden rechtlichen Grundsätzen erscheinen nun folgende Behauptungen des Beklagten als relevant:

a. Seine Ehefrau habe die Casse geführt und Dispositionen getroffen, — **ad [6] prim. inst. pag. 5** —, was er zunächst — noch in der Duplik — [15] **ibid.** — durch die Worte: „seine — Ehefrau habe die ihr jährlich zufließenden 100 Thlr. N²/₃, — wenn er mitunter auch bei deren Auszahlung concurrirt, in — Händen behalten" — weiter aber durch die Anführung — — [6] **Canc. pag. 2, 3** — erläutert: er habe die einzelnen — Ratenzahlungen in Empfang genommen, demnächst dieselben — aber seiner Ehefrau, welche die Casse geführt, behändigt. — Der Kläger hat dagegen — [7] **prim. inst.** — in Abrede gestellt, daß der Beklagte seiner Frau erlaubt habe, die Casse zu führen und Dispositionen zu treffen; vielmehr wisse er bestimmt und könne durch Zeugen beweisen, daß nicht bloß die Casse ganz in seinen, des Gegners, Händen gewesen, sondern auch, daß er ihr stets die fraglichen 100 Thlr. abgenommen habe, so bald und so oft sie dieselben empfangen. —

Hieraus rechtfertiget sich von selbst die, in der gegenwärtigen Urthel dem Beklagten **sub I.** freigelassene Beweisführung. Dagegen hat die vorige Urthel mit Recht angenommen, daß der Kläger in seiner Replik — **cit.** [7] — solche Hindeutungen gemacht, aus welchen die Behauptung des Vorhandenseins ersparter oder angelegter Capitalien folge. Deshalb hat dies als Replik dem Kläger zum Beweise verstellt werden müssen.

b. Ferner hat der Beklagte in adj. nr. 1 ad [6] ibid. vierzehn einzelne Fälle aufgeführt, wo nach seiner Behauptung unmittelbar aus dem annuum, oder zu Lasten desselben durch ihn selbst auf Verlangen seiner Frau, oder durch Letztere selbst Verwendungen gemacht worden seien.

Der Beweis dieser einzelnen Fälle mußte, wie in der ersten Sentenz auch geschehen, dem Beklagten freigelassen werden, — hier jedoch alternativ mit dem sub a. erwähnten Beweise; auch kann Nichts darauf ankommen, ob jene Verwendungen gerade zu Gunsten des Klägers gemacht worden, oder nicht.

Dagegen hat die erste Sentenz mit Recht die, erst in der Duplik angeführten Fälle von Verwendungen aus dem annuum, als verspätet vorgebracht, außer Berücksichtigung gelassen.

6. Was die Fassung der Beweissätze in letzterem Betreff anlangt, so war — da nicht der Kläger, sondern nur der Beklagte zu dem, gegen die erste Urthel von ihm aufgestellten gravamen 5, solcherhalb mit speciellen Erinnerungen hervorgegangen ist, die in der ersten Urthel bestimmte Fassung nur aus dem Gesichtspuncte zu prüfen, ob Beklagter dadurch beschwert worden. Dies ist allerdings in so weit der Fall, als ihm neben dem Beweise, daß die Verwendungen an den Kläger und die sonstigen Verwandten der Frau von ihr selbst, oder doch auf ihr Verlangen geschehen, noch der Beweis auferlegt worden, daß sie aus dem annuum, zu Lasten des annuum, gemacht worden. Letzteres versteht sich von selbst, wenn die Frau von dem ihr Gut verwaltenden Manne solche Schenkungen verlangt hat; sie ist dann die Schenkerin, und kann, in Ermangelung anderer Verabredung nur von ihrem Gute haben schenken wollen. Daher konnten jene Beweissätze nur mit der in der jetzigen Sentenz verfügten Abänderung wiederhergestellt werden. Weitere erhebliche specielle Erinnerungen hat der Beklagte gegen dieselben nicht vorgebracht, namentlich versteht sich das „vel in totum, vel in tantum“ hier von selbst.

45.

Der Versuch des Ehebruches ist kein ausreichender Grund zur Scheidung der Ehe. Su. 1146/1855.

Das Oberappellationsgericht spricht in den Gründen des Erkenntnisses vom 10. Juli 1856 Folgendes aus:

Wie das Canonische Recht die separatio perpetua nur im Falle des wirklichen Ehebruches anwendet,

c. 2 caus. 32. qu. 1,
cap. 4 und 5 X. de divortiis (4, 19),
vergl. v. Weber, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen, Bd. 2, S. 13 f.,

so gestattet die strengere Protestantische Praxis die Scheidung vom Bande gleichfalls nur, wenn das ehebrecherische Gelüste zur ausgeführten That fortgeschritten ist,

J. H. Böhmer, jus ecclesiasticum Protestantium lib. IV. tit. 19 §. 27,
Kind, quaestiones forens. tom. III. c. 30,
Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 2 S. 442.
Strippelmann, Ehescheidungsrecht, S. 131 f.
vergl. Wernher, observationes forens. T. I. P. I. observ. 47,

und muß die entgegengesetzte Ansicht, welche schon den Versuch des Ehebruches für genügend erachtet, als auf bloß subjectiver Willkühr beruhend verworfen werden.

46.

Die bestimmte Behauptung des Ehebruches ist auch in den Anwendungsfällen des cap. 12 X. de praesumt. (2, 23) erforderlich. Ko. 1069/1858.

Das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 16. September 1858 enthält in der rat. 1 folgenden Ausspruch:

Dem klagenden Ehegatten kann auch in den Anwendungsfällen des cap. 12 X. de praesumt. (2, 23) nicht die bestimmte Behauptung des Ehebruchs erlassen werden, da die dort aufgestellte Präsumtion nur den Beweis ersetzen soll, es aber

gar nicht zur Prüfung der Beweisfrage kommen kann, wenn der klagende Theil selbst nicht einmal die Ueberzeugung von einer wirklichen Begehung des Ehebruches hat und folgeweise Anstand nimmt, in dieser Beziehung mit einer bestimmten Anschuldigung hervorzutreten.

47.

Die Verbindlichkeit des Ehemannes zur Alimentation der Frau erlischt mit der Ehe — auch im Fall einer von dem Ersteren verschuldeten Scheidung.

De. 292/1857.

In dem Bescheide vom 14. October 1858 sprach sich das Oberappellationsgericht über den vorstehenden Rechtssatz in nachstehender Weise aus:

Gemeinrechtlich ist die Verpflichtung des Mannes zur Ernährung der Frau eine Folge der bestehenden Ehe, und hört deshalb, wie mit dem Tode des Mannes, so auch mit erfolgter gänzlicher Scheidung der Ehe von selbst auf. Daß die Scheidung durch die Schuld des Mannes veranlaßt ist, ändert hieran an sich Nichts, da es ihr, der Frau, eigener Entschluß war, welcher die Trennung der Ehe herbeigeführt hat. Und wenn auch die Praxis einzelner Länder, wie v. Bülow und Hagemann practische Erörterungen, Bd. VI. Nr. 32 und Bd. VIII. Abth. 2 Nr. 4, desgleichen Seuffert, Archiv XII. Nr. 40, bezeugen, den für diesen Fall zu Gunsten der unschuldigen Frau verordneten Ehescheidungsstrafen eine Verpflichtung des Mannes zu deren Alimentation substituirt hat, so bekunden doch zahlreiche Präjudicien des Oberappellationsgerichts, daß diese Praxis in hiesigen Landen nicht herrschend geworden ist.

48.

Beschränkung des väterlichen Erziehungsrechtes durch interimistische Anordnungen während eines Ehescheidungsprocesses. Su. 1139./1855.

Nachdem die neunjährige Tochter zweier in Unfrieden lebender Eheleute von dem Vater wider den Willen der Mutter in eine auswärtige Erziehungsanstalt zu B. gebracht, sodann aber von Letzterer heimlich daraus entfernt worden war, klagte der Vater bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen die Mutter auf Auslieferung des auch später von dieser vor ihm verborgen gehaltenen Kindes. Die Mutter, welche nach Insinuation der fraglichen Klage ihrer Seits bei derselben Justiz-Canzlei gegen den Ehemann die Scheidungsklage anstellte und die gerichtliche Genehmigung zu ihrer einstweiligen Trennung von dem Letzteren erlangte, bekämpfte den wegen des Kindes gegen sie erhobenen Anspruch nicht allein mit Auseinandersetzungen über die Unzweckmäßigkeit der Unterbringung der Tochter in einer städtischen Erziehungsanstalt sowie über den vom Vater selbst auf die Erziehung geübten nachtheiligen Einfluß, sondern sie beantragte auch mit Bezug auf die angestellte Scheidungsklage, daß die Tochter während des Ehescheidungsprocesses in ihrer Obhut belassen werde, worauf nach Einforderung der Replik des klagenden Ehemannes unterm 30. Juli 1855 das die Mutter unbedingt zur Auslieferung des Kindes verurtheilende erste Erkenntniß erfolgte. Auf Appellation der Beklagten wies aber das Oberappellationsgericht unterm 12. November 1855 den Ehemann mit dem Anspruch auf Auslieferung des Kindes zur Zeit ab und ordnete für die Dauer des Ehescheidungsprocesses als Interimisticum an, daß das Kind einstweilen in der Obhut der Mutter bleibe.*)

*) Die hinzugefügten specielleren Bestimmungen über die Zahl und die Bedingungen der dem Vater ohne Gegenwart von Zeugen zu gestattenden Zusammenkünfte mit der Tochter und über den ihm ungehindert zu gewährenden Briefwechsel mit derselben sind ohne allgemeines Interesse.

Gründe:

1. In dem angefochtenen Bescheide ist es mit Recht als eine unzweifelhafte Regel anerkannt worden, daß der Vater über den Aufenthalt und die Erziehung der Kinder zu entscheiden hat. Wenn freilich die Mutter an dem Erziehungsrechte participirt, so bleibt doch der Wille des Vaters während der Dauer der Ehe in Bezug auf die Behandlung der Kinder der vorzugsweise maßgebende, und steht ihm die Entscheidung zu, wenn sich über Erziehungsfragen mit der Mutter Differenzen ergeben, welche nicht im Wege gütlicher Verständigung zu lösen sind. In Bezug auf die Bestimmung über den Aufenthalt des Kindes werden diese Grundsätze auf das Unzweideutigste durch die Aussprüche des Römischen Rechtes bestätigt, denen zufolge die **interdicta de liberis exhibendis et ducendis** dem Vater auch gegen die Mutter zustehen, und der Letzteren nur in den dringendsten Fällen (**ex justissima causa — ob nequitiam patris**) in Rücksicht auf das Wohl der Kinder eine Einrede gewährt wird.

l. 1. §. 3, l. 3. §. 5. D. de liberis exhibendis item ducendis (43, 30).

2. Der jetzige Appellat war daher ganz in seinem Rechte, wenn er, der Protestation seiner Ehefrau ungeachtet, seine Tochter in die N.'sche Erziehungsanstalt zu B. brachte, und beging die Ehefrau gegen ihn jedenfalls ein Unrecht dadurch, daß sie ohne sein Wissen und ohne seinen Willen das Kind heimlich von dort entfernte. Der in [2] **prim. inst.** gegen die Appellantin erhobene Anspruch auf die Auslieferung der Tochter war somit an sich wohlbegründet. Auch würde das von der Appellantin in [8] **ibid.** dagegen Vorgebrachte — in soferu man von den Folgen der erhobenen Ehescheidungsklage absieht — nicht geeignet sein, eine Beschränkung der väterlichen Rechte zu rechtfertigen, indem hiefür die etwanige Unzweckmäßigkeit der vom Vater in Bezug auf die Erziehung der Tochter ergriffenen Maßregel nicht genügen würde, aus dem eigenen Vorbringen der Appellantin aber nicht ein so nachtheiliger Einfluß des Appellaten auf das Kind hervorgeht, daß die Entziehung der

väterlichen Dispositionsrechte als eine für das Wohl der Tochter nothwendige Verfügung anzusehen wäre.

3. Allein die Sachlage ist wesentlich dadurch verändert worden, daß die Appellantin in [1] **act. junct. pto. divortii** gegen ihren Ehemann auf Scheidung geklagt und in Folge dessen in [8] **prim. instant.** den Antrag gestellt hat, daß die Tochter während des Ehescheidungsprocesses in ihrer Obhut belassen werde. Dem vom Appellaten erhobenen Anspruche auf Auslieferung des Kindes gegenüber hat dieser Antrag zugleich die Bedeutung einer Einrede, deren Relevanz nach bekannten processualischen Grundsätzen nicht im Mindesten dadurch alterirt wird, daß der Grund des von der Appellantin in dem fraglichen Antrage geltend gemachten Gegenanspruches erst nach Anstellung der Klage existent geworden ist. Fehlt es nun freilich an speciellen gesetzlichen Bestimmungen, durch welche die väterliche Gewalt schon für die Dauer des Ehescheidungsprocesses mit Rücksicht auf die Erziehungsrechte der Mutter beschränkt würde, so kann doch der Beginn dieses Processes nicht ohne Rückwirkung auf die Frage über die Erziehung der Kinder bleiben. Denn da durch die Scheidungsklage nicht bloß die Frage über die Fortdauer der ehelichen Gemeinschaft, sondern auch diejenige über das Recht des Einen oder des Andern der Ehegatten auf die Erziehung der Kinder **in judicium** deducirt wird, so ist der Scheidungsrichter befugt, hinsichtlich beider Puncte interimistische Anordnungen zu treffen.

Cfr. Strippelmann, Das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und insbesondere nach Hessischem Rechte, §§. 99—105.

Es handelt sich aber bei derartigen einstweiligen Verfügungen über die Erziehung der Kinder keineswegs ausschließlich um die mit einander collidirenden Rechte der Eltern, sondern vielmehr eben so wesentlich um das Interesse der Kinder, deren Wohl das richterliche Amt in ausgedehnterem Maße zu bewachen verpflichtet ist, wenn die eheliche Gemeinschaft der Eltern, als die Basis aller gedeihlichen Erziehung, eine solche Zerrüttung erfahren hat, daß diese miteinander gerichtlich über

die Scheidung ſtreiten und bereits, unter einſtweiliger Billigung des Scheidungsrichters, ein thatſächlich getrenntes Leben führen.

4. — — — — — — — — — — —

Da es nach allen vom Appellaten abgegebenen Erklärungen zur Zeit nur als ſeine Abſicht anzuſehen iſt, daß er das Kind wieder in der N.'ſchen Anſtalt zu B. unterbringe, ſo ſteht practiſch allein die Alternative zur Frage, ob daſſelbe zum Zweck der Unterbringung in jener Anſtalt an den Vater herauszugeben, oder bis dahin in der Obhut der Mutter zu laſſen iſt, daß in Folge des erhobenen Eheſcheidungsproceſſes eine definitive Entſcheidung über die Erziehungsrechte der beiden ſtreitenden Eltern erfolgt. Aus überwiegenden Gründen verdient aber das Letztere den Vorzug vor dem Erſteren. Denn im Allgemeinen kann es wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Erziehung einer neunjährigen Tochter angemeſſener bei der Mutter, als in einer fremden Anſtalt geſchieht. Ueberdies unterliegt die vom Vater begehrte Veränderung in der Erziehung der Tochter ganz beſonderen Bedenken, wenn man erwägt, daß bereits in erſter Inſtanz eine Entſcheidung über die Eheſcheidungsklage ergangen iſt, und nach dem Verlaufe einer vielleicht nur kurzen Zeit definitiv über den Anſpruch der Mutter auf die Erziehung der Tochter zu erkennen ſein wird. Es würde nur die nachtheiligſten Folgen für die Letztere haben können, wenn über deren Erziehung im raſchen Wechſel je nach der Lage des Scheidungsproceſſes widerſprechende Determinationen ergehen ſollten, und das Kind, welches ſchon einmal der Spielball des Elternzwiſtes geweſen iſt, aufs Neue durch gerichtliche Anordnung der Gefahr ausgeſetzt würde, in kurzen Zwiſchenräumen zwiſchen dem Mutterhauſe und der B.'er Erziehungsanſtalt rückſichtslos hin und hergeworfen zu werden. Im Verhältniß zu den vorſtehenden Bedenken kann den, ohnehin nicht genügend circumſtantiirten Beſchuldigungen, welche der Appellat gegen die Erziehungsweiſe ſeiner Ehefrau erhebt, ſowie den von ihm vorgebrachten Einwendungen gegen das von Letzterer gewählte Erziehungsperſonal nur eine untergeordnete Bedeutung beigelegt werden, wie auch der Umſtand nicht entſcheidet, daß ſeine Ehefrau die Tochter auf

unrechtmäßigem Wege seiner Disposition entzogen hat, da wegen der vor Allem zu beachtenden Rücksicht auf das Wohl des Kindes die rein civilrechtlichen Grundsätze über den Besitz und die Folgen eines spolium für die vorliegende Frage nicht als unbedingt maßgebend anzuerkennen sind.

Nach den voraufgegangenen Erwägungen erscheint es als gerechtfertigt, die vorige Entscheidung dahin abzuändern, daß der vom Appellaten in [2] prim. instant. erhobene Anspruch auf Auslieferung seiner Tochter zur Zeit abgewiesen, und das Bleiben derselben bei der Appellantin für die Dauer des Ehescheidungsprocesses als Interimisticum angeordnet wird.

5. — — — — — — — — — — —

49.

Eine Curatel darf nur unter der Voraussetzung einer justa causa bestellt werden. — Unstatthaftigkeit des Privatverzichtes auf die Handlungsfähigkeit.

Se. 153/1857. Strelitz.

Die Wittwe S., geborne G. zu F., schloß unterm 16. April 1846 mit ihrem Bruder, dem Bürger G. G. daselbst, einen Vertrag ab, welcher wörtlich also lautet:

Ich Endesunterzeichnete D. S., geborne G., bevollmächtige hiedurch meinen Bruder, den Bürger G. G. hieselbst, mich als mein Curator, wozu ich ihn hiemit erwähle, in meinen Geld- und sonstigen Angelegenheiten für die Folge zu vertreten, und zwar in der Art, daß ich ohne seine specielle Zustimmung nichts mich Verbindendes vornehmen und mich überall seines brüderlichen Rathes bedienen will.

Und ich der Bürger G. G. nehme die Vollmacht meiner Schwester und die Curatel für selbige hiedurch an, verpflichte mich, für ihr Bestes nach Kräften zu sorgen, sie mit meinem Rathe allstets zu unterstützen, dagegen aber auch einseitig über

ihre Vermögensverhältnisse nicht zu verfügen, will vielmehr jederzeit meiner Schwester ihre specielle Zustimmung vorbehalten.

Wie wir nun diesen Vertrag durch unsere eigenhändige Unterschrift vollziehen, so wollen wir denselben bei Einem Wohllöblichen Magistrat hieselbst in drei gleichlautenden Exemplaren zur Bestätigung einreichen, eins derselben in der Magisträtlichen Registratur niederlegen, die andern beiden gegenseitig auswechseln, die desfallsige Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern aber gemeinschaftlich veranlassen, und soll dies gegenseitige Verhältniß auch nur gemeinschaftlich von uns beiden aufgehoben werden können.

F., den 16. April 1846.

D. S., geb. G.
G. G.

Gleichzeitig machte sie am 16. April 1846 in den öffentlichen Blättern durch eine von ihr und ihrem Bruder unterschriebene Erklärung bekannt, daß sie bei ihrer Abreise nach B. sich veranlaßt finde, ihren Bruder G. G. in ihren Geld- und sonstigen Angelegenheiten zu ihrem Bevollmächtigten und Curator zu erwählen, und zeige sie solches mit der Erklärung an, daß sie fernerhin nur in Gemeinschaft mit ihrem genannten Bruder über ihre Vermögensverhältnisse disponiren wolle, zum Beweise derselbe durch seine Unterschrift dieser Bekanntmachung beitrete, die desfallsige Verhandlung aber von ihnen gemeinschaftlich bei dem Magistrate niedergelegt sei.

Bei unveränderter Lage dieses Vertragsverhältnisses verkaufte die Wittwe S. im Jahre 1854 ihre auf der Stadtfeldmark F. belegenen Grundstücke, weigerte aber demnächst die Erfüllung des Kaufcontractes und wurde deshalb vom Käufer verklagt. Die Parteien waren darüber einverstanden, daß der Magistrat zu F. den s. g. Curatelvertrag auf Antrag der beiden Paciscenten bestätigt habe, es wurde aber darüber gestritten, ob aus den angeführten Thatsachen der rechtsgültige Bestand einer Curatel über die Wittwe S. zu entnehmen und folgeweise der Verkauf ihrer Grundstücke ohne die Erfüllung der für die Veräußerung der Curatelgüter vorgeschriebenen Bedingungen für

unverbindlich zu achten sei? Das Oberappellationsgericht sprach sich in dem Erkenntnisse vom 15. März 1858 gegen die Annahme einer rechtlich gültigen Curatel aus. Der betreffende Theil der Gründe besteht im Folgenden:

1. Im Römischen Rechte ist nirgends die Möglichkeit anerkannt, eine Curatel über den Kreis der im Allgemeinen feststehenden Fälle hinaus mittelst Privatvertrages zu begründen. Die sogenannte **cura debilium personarum** konnte überhaupt nur durch obrigkeitliches Decret angeordnet werden, und zwar war für dieselbe eine **justa causa** erforderlich, welche in der Unfähigkeit, seinen Angelegenheiten vorzustehen, gefunden wurde.

l. 2 D. de curatoribus (27, 10).
l. 12 pr. D. de tutoribus datis (26, 5).
§. 4 J. de curatoribus (1, 23), vergl. mit l. 14 §. 7 D. de solutionibus (46, 3).
l. 3 §. 3, l. 4, l. 5 D. de postulando (3, 1).

Wenn in diesen Stellen als solche, **qui rebus suis superesse non possunt**, außer den **furiosi** die **mente capti, muti, surdi et qui perpetuo morbo laborant**, genannt, weitere Normen über die Voraussetzungen für die Anordnung einer Curatel aber überall nicht aufgestellt werden, so wird zwar — zumal bei Berücksichtigung der den Tauben, Stummen und Kranken möglichen Bestellung von Bevollmächtigten (vergl. **l. 43 pr. D. de procuratoribus, 3, 3**) — klar, daß für das Ermessen der Römischen Gerichtsbehörden in den einzelnen Fällen ein weiter Spielraum blieb; der Kreis der genannten, in der Praxis als einer Curatel bedürftig anerkannten, Personen wurde indeß, so viel wir aus den uns erhaltenen Quellen sehen können, nicht überschritten.

vergl. l. 3 §. 3 D. de postulando cit., verb.: muti caeterorumque, quibus dare solent.

Daß dem Blinden kein Curator gegeben werden könne, weil er sich selbst einen Procurator zu bestellen im Stande sei, sagt Paulus, **rec. sentent. IV, 12, §. 9** geradezu. Auch muß nach dem Römischen Rechte, bei der gleichen Möglichkeit der Bevollmächtigung eines Procurators, dasselbe von alten Leuten

angenommen werden, rücksichtlich deren nirgends eine Curatel als statthaft erwähnt wird.

2. Nach dem älteren Deutschen Rechte begründete der Mangel der Wehrhaftigkeit und die dadurch herbeigeführte Unfähigkeit zur Vornahme von gerichtlichen Handlungen das Bedürfniß einer Vormundschaft. Außer den Frauen und Kindern wurden daher Geisteskranke, so wie sieche, blinde, stumme und verkrüppelte Personen unter Vormundschaft gestellt.

Kraut, Die Vormundschaft, Band 1, S. 11, 25 ff.

Auch war es den noch nicht zu ihren Tagen gekommenen Jünglingen und den über ihre Tage hinausgeschrittenen Männern gestattet, sich einer Vormundschaft zu unterwerfen. Schon die Beschränkung dieser Gestattung auf Jünglinge und Männer des bezeichneten Alters beweist aber, daß der Grund des Rechtssatzes in einem bei den fraglichen Personen vom Rechte anerkannten Bedürfnisse fremden Schutzes lag, wie auch der Sachsenspiegel I, 42 §. 1, geradezu sagt: **Er sinen dagen unde na sinen dagen mut en man wol vormunden hebben, ob he's bedarf** u. s. w. Consequent war daher eine ganz willkürliche Unterwerfung des in kräftigem Alter stehenden und sich voller Gesundheit erfreuenden Mannes unter eine Vormundschaft ausgeschlossen.

Kraut, a. a. O. S. 19 ff., namentlich die daselbst in der not. 30 abgedruckte Urkunde von 1358 und der ebenfalls dort S. 20 f. abgedruckte Art. 47 des Görlitzer Lehnrechts.

3. Im geschichtlichen Fortschritte der Rechtsentwickelung hat sich nach und nach der Satz Anerkennung verschafft, daß die rechtliche Selbständigkeit der Person nicht sowohl durch die physische Manneskraft, als vielmehr durch die geistige Reife des Individuums bedingt werde. Die gemeinrechtliche Praxis nimmt von dieser Basis aus das Bedürfniß einer Curatel in andern Fällen, als das ältere Deutsche Recht, an, und gewährt dem Ermessen der obervormundschaftlichen Behörden in Bezug auf die Frage über das Vorhandensein eines solchen Bedürfnisses freien Spielraum. Nie ist aber der dem Römischen ebenso wie dem Deutschen Rechte zu Grunde liegende Gedanke aufgegeben

worden, daß nur Personen, welche durch einen in ihrer Persönlichkeit liegenden Grund an der eigenen Betreibung ihrer Angelegenheiten behindert sind, unter Curatel gestellt werden dürfen, und nie ist in Bezug auf die Anordnungen einer Curatel das Requisit einer **justa causa**, oder der in der l. 6 D. **de curatoribus** (27, 10) nachdrücklich eingeschärften **causae cognitio** beseitigt worden. Wer sich, bei voller Fähigkeit zur eigenen Fürsorge für sich selbst, einer Curatel unterwerfen will, sucht dies Institut über die demselben vom Rechte gesetzten Grenzen hinaus zu Zwecken zu benutzen, zu deren Befriedigung das Mandat ausreicht, und verfolgt ein rechtlich unstatthaftes Ziel, indem er das hohe Gut der freien Selbstbestimmung in seinen Angelegenheiten aus unmotivirter Willkür aufzugeben beabsichtigt. Ueberhaupt ist aber Niemand im Stande, seine rechtliche Handlungsfähigkeit unmittelbar durch (einseitige oder vertragsmäßige) Willenserklärung zu beschränken. Mag eine derartige Willenserklärung beim Vorhandensein ausreichender Motive für die obervormundschaftliche Behörde Veranlassung zur Bestellung einer Curatel werden können, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß eine rechtlich handlungsfähige Person nicht schon dadurch die Befugniß zu Dispositionen über ihr Vermögen verliert, daß sie in einem Vertrage mit dem, von ihr selbst **privatim** ernannten Curator verspricht, ohne dessen Zustimmung nichts Bindendes vornehmen zu wollen; die gerichtliche Confirmation, als solche, reicht aber nicht aus, um dem an sich nichtigen Vertrage des erwähnten Inhalts Rechtsgültigkeit zu verleihen. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich von selbst die Wirkungslosigkeit des Verzichtes auf die selbständige Handlungsfähigkeit, welchen die Beklagte in dem Vertrage vom 16. April 1846 — Unteranlage A zur Anlage B ad [8] prim. inst. — ausgesprochen hat. Auch hat der Magistrat zu F. Nichts gethan, wodurch dieser rechtliche Stand der Sache verändert worden wäre; denn derselbe hat sich darauf beschränkt, den sogenannten Curatelvertrag der Beklagten mit deren Bruder zu bestätigen. Es liegt somit überall keine Curatelbestellung vor, und darf jene Bestätigung des Curatelvertrages um so weniger

der wirklichen obrigkeitlichen Anordnung einer Curatel gleichgeachtet werden, da aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht das Mindeste über die Existenz einer **justa causa** erhellt, der Curatelvertrag selbst einer solchen nicht erwähnt, und vielmehr in der Bekanntmachung vom 16. April 1846 — **subadj. A. cit.** — von der Beklagten nur gesagt wird, daß sie sich bei ihrer Abreise nach B. zur Wahl des Curators veranlaßt finde. Auch ist es von Bedeutung, daß nach den Anführungen der Beklagten nur sie und ihr Curator die Bevollmächtigung und Erwählung des Letzteren zur öffentlichen Kunde gebracht und dabei der Niederlegung der bezüglichen Verhandlung beim Magistrate erwähnt haben, sich aber nirgends in den Acten eine Andeutung über die öffentliche Bekanntmachung der vom Magistrate ertheilten Bestätigung findet. Endlich gelten in F. keine particularrechtlichen oder statutarischen Bestimmungen, denen zufolge die von der Beklagten vorgenommene Wahl eines Curators vom Gesichtspunkte einer **cura sexus** aus aufrecht erhalten werden könnte Da schon aus der von der Beklagten in der ersten Instanz gegebenen Darstellung der dargelegte Mangel einer rechtsgültigen Curatelbestellung hervorging, so war es die Aufgabe des Richters, von Amtswegen die hieran sich knüpfenden Rechtsfolgen zu beurtheilen, und kann es folgeweise dem Kläger nicht zum Nachtheile gereichen, daß er nicht sofort in jener Instanz den fraglichen Mangel gerügt hat.

4. Nach den vorstehenden Ausführungen war für die Gültigkeit des streitigen, von der Beklagten nach dem unwirksamen Curatelvertrage eingegangenen, Kaufcontracts die Beobachtung der über die Veräußerung von Curatelgütern geltenden Rechtsnormen nicht erforderlich, und daher an sich die Zustimmung des Curators eben so wenig, wie die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde nothwendig. Dies Resultat wird für den vorliegenden Fall auch nicht dadurch abgeändert, daß in dem Eingange des Contractes — Anlage A **ad** [1] **prim. instant.** — ausdrücklich bemerkt wird, daß derselbe von der jetzigen Beklagten unter Zustimmung ihres Bruders und Curators G. G. geschlossen und vollzogen sei. Denn

die gesperrten Worte drücken nur die Thatsache aus, daß der Curator zugestimmt habe. Der Consens wird weder als bloß vorausgesetzter bezeichnet, noch vorbehalten, und da derselbe an und für sich nicht nöthig war, würde die Untersuchung über die Wahrheit der Anführung, daß der Curator zugestimmt habe, nur releviren, wenn behauptet wäre, daß Kläger der Beklagten solche Zustimmung fälschlich vorgespiegelt habe.

50.

Zur Interpretation des Rostocker Stadtrechts Th. 1 Tit. 7 Art. 33. Hi. 538/1848.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in den Gründen des Erkenntnisses vom 12. November 1849 folgender Maaßen aus:

3. — — — — — — — — Das Rostocker Stadtrecht erkennt im Eingange des Art. 33 sichtbar den gemeinrechtlichen Grundsatz an, daß die Altersvormundschaft an sich mit der Vollendung des 25. Lebensjahres aufhört. Wenn es aber weiter bestimmt, daß, wenn der bisherige Curande dann zu der eigenen Verwaltung seines Vermögens unfähig, „oder sonst seiner Sinne beraubt, oder kindisch, oder ein unnützer Verschwender seiner Güter" wäre, derselbe „unter der Gewalt der Vormünder bleiben" solle, „so lange bis der Rath befinden würde, daß es sich mit ihm gebessert, und er andere Sitten angenommen;" so kann damit nicht gemeint sein, daß unter der bloßen Voraussetzung des thatsächlichen Vorhandenseins des einen oder anderen jener Zustände die bisherige Vormundschaft ipso jure fortdauern solle. Da die Altersvormundschaft mit dem Eintritte der Volljährigkeit an sich aufhört, so ist dann jene Forthaltung des bisherigen Curanden unter der Curatel rechtlich nicht anders denkbar, als dadurch, daß das Vorhanden-

sein eines der bezeichneten Zustände durch eine Cognition der Obervormundschaft ermittelt und in Folge Dessen die Fortdauer der Curatel von derselben bestimmt worden ist. Ohne ein solches Verfahren würde alle und jede Entscheidung darüber fehlen, ob der bisherige Curande etwa geisteskrank oder ein Verschwender sei, und daher die Curatel fortdauern solle. Daß dies Alles nicht etwa bloß dem Ermessen des bisherigen Vormundes habe überlassen werden sollen, bedarf keiner Ausführung. Der Ausdruck „bleiben" soll, hat daher keinen anderen Sinn, als den obigen, daß der bisherige Curande, wenn durch die obervormundschaftliche Cognition ein solcher Grund dazu ermittelt worden ist, durch eine obervormundschaftliche Verfügung unter der Curatel fortbehalten werden soll. — — — —

4. Aus der richtigen Auslegung des Art. 33 ergiebt sich weiter, daß, wenn bei dem Eintritte der Volljährigkeit des Curanden eine solche Anordnung der Obervormundschaft, durch welche derselbe unter der Curatel behalten würde, nicht erfolgt ist, selbst wenn ein thatsächlicher Grund dazu vorhanden sein möchte, der bisherige Curande nunmehr nicht unter Vormundschaft steht. Die Alterscuratel ist mit dem erfolgten Eintritte der Volljährigkeit an sich beendigt, und eine Fortsetzung der Vormundschaft über den nunmehrigen Volljährigen nicht angeordnet worden, während das bloße thatsächliche Vorhandensein eines Grundes zu einer solchen Fortsetzung nicht zur Effectuirung der letzteren genügt. Es versteht sich zwar, daß jener Grund auch noch später zu der Anordnung einer Curatel, z. B. einer **cura furiosi, prodigi, debilis personae** nach den bekannten Grundsätzen von der Anordnung solcher Curatelen, über den früheren Curanden veranlassen und daß dieselbe auch wieder dem früheren Altersvormunde übertragen werden kann, allein eine solche Verfügung bildet dann rechtlich eine neue Vormundschaftsbestellung und unterscheidet sich in so weit wesentlich von dem obigen Fortbehalten des bisherigen Curanden unter der Curatel beim Eintritte der Volljährigkeit. Der rechtliche und practische Unterschied besteht darin, daß der Pflegbedürftige in dem letzteren Falle durch den Eintritt seiner Volljährigkeit gar nicht

aus der Vormundschaft herausgetreten ist, während diese in jenem Falle einstweilen aufhörte, der Pflegbedürftige inzwischen ohne Vormund war und erst später wieder von Neuem der Vormundschaft unterworfen wird. War nun inzwischen sein Zustand ein solcher, der ihn rechtlich nicht an sich handlungsunfähig machte; war er z. B. kein Geisteskranker, sondern nur ein Verschwender, oder eine **debilis persona**, welcher die Handlungsfähigkeit nicht schlechthin abgeht; so sind die in der Zwischenzeit, wo er keinen Vormund hatte, ohne den Consens eines solchen von ihm eingegangenen Rechtsgeschäfte in so weit gültig und verbindlich.

51.

Ueber die Testirfähigkeit — Fortdauer derselben bei den wegen körperlicher Gebrechlichkeit unter Curatel gestellten Personen. Se. $158/_{1857}$ Strel.

Der wegen unheilbarer körperlicher Krankheit unter Curatel gestellte A. L. S. errichtete ein gerichtliches Testament, nachdem die Justiz-Canzlei zu Neustrelitz als obervormundschaftliche Behörde ihm auf seine Bitte um Consens zu einer letztwilligen Disposition und um Entbindung von der Curatel **ad hunc actum** unterm 21. September 1827 den Bescheid ertheilt hatte, daß die Curatel über ihn zu dem Acte einer letztwilligen Disposition aufgehoben sein solle. Nach dem Tode des A. L. S, wurde das Testament desselben von dem Litiscurator minorenner Intestaterben in einem gegen den Testamentserben erhobenen Rechtsstreit angefochten, aber vom Oberappellationsgerichte in Uebereinstimmung mit der Entscheidung der ersten Instanz durch das Erkenntniß vom 17. Febr. 1859 für gültig erklärt, und in den Gründen Folgendes ausgeführt:

— — — — — — — — — — — —

2. Die — wegen körperlicher Gebrechlichkeit erfolgte Anordnung einer Curatel über den A. L. S. enthält keinen Grund

gegen die Teſtirfähigkeit deſſelben. Im Allgemeinen iſt nämlich die Fortdauer der letztwilligen Dispoſitionsbefugniß mit der Unterordnung unter eine Curatel wohl vereinbar, wie im Römiſchen Rechte das Beiſpiel der Minderjährigen nach Erreichung des Alters der Pubertät zeigt. Die abweichende Behandlung des **prodigus** hat ihren Grund darin, daß die Prodigalitätserklärung bei den Römern mit einem Verbote der Ausübung des **commercium** (der **interdictio bonorum**) verbunden wurde, und der von ſolchem Verbote Betroffene nicht mehr die **mancipatio familiae** vornehmen konnte.

Ulpiani fragm. XX. §. 13.
Pauli recept. sentent. lib. III. tit. 4a. § 7.
§. 2 J. quibus non est permissum facere testamentum (2, 12).
l. 18 pr. D. qui testamenta facere possunt. (28, 1).

In den Quellen des Römiſchen Rechtes wird nirgends angedeutet, daß dieſe Teſtirunfähigkeit des **prodigus** auch auf die wegen körperlicher Gebrechen unter Curatel geſtellten Perſonen auszudehnen ſei. Eben ſo wenig liegt ein Zeugniß darüber vor, daß bei dieſen letzteren Perſonen eine **interdictio bonorum** vorgekommen wäre, und würde dieſelbe hier auch ſachlich völlig unangemeſſen ſein, da Denjenigen, **qui propter infirmitatem rebus suis superesse non possunt**, bei einer bereits vorhandenen natürlichen Unfähigkeit zur genügenden Beſorgung der eigenen Angelegenheiten durch die Curatel nur eine Hülfe gewährt, keineswegs aber ihnen eine an ſich vorhandene Handlungsfähigkeit zur Strafe des Mißbrauches entzogen werden ſoll. Aus den von dem Kläger angezogenen Stellen läßt ſich nur ſchließen, daß die Curatel über Gebrechliche nach Analogie der **cura furiosi** und **prodigi** eingeführt worden iſt;*) damit iſt aber nicht das Mindeſte in Bezug auf die vom Kläger behauptete, ohnehin ſachwidrige Ausdehnung der **interdictio bonorum** bewieſen. Wirkt allerdings die Beſtellung einer Curatel über preßhafte Perſonen auf deren Handlungsfähigkeit beſchränkend zurück und muß ſelbſt anerkannt werden, daß A. L. S. in

*) l. 2 de curatorib. furios. (27, 10); §. 4 J. de curat. (1, 23).

Folge der unbeschränkten Fassung der Curatorien sich ohne Zustimmung seiner Curatoren überall nicht mit Rechtseffect verpflichten konnte, so wird doch die Testamentserrichtung nicht von der Competenz der Curatelverwaltung berührt, und darf eben deswegen die in Folge einer Curatelbestellung eintretende Minderung oder Aufhebung der Handlungsfähigkeit nicht auf letztwillige Dispositionen bezogen werden. Zur Bestätigung dient, daß die bereits erwähnte Testirfähigkeit der unter Curatel stehenden Minderjährigen auf Grund des Römischen Rechts zweifellos anerkannt geblieben ist, obwohl ihre Handlungsfähigkeit im heutigen Rechte im Uebrigen derselben Beurtheilung unterliegt, wie die Handlungsfähigkeit der Unmündigen bei den Römern.

Vergl. Buchka und Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts. Bd. 1 S. 10 f.

Nach allem Vorstehenden könnte A. L. S. nur dann als zur Errichtung letztwilliger Dispositionen unfähig angesehen werden, wenn ihm die dazu erforderlichen natürlichen Eigenschaften gefehlt hätten. Letzteres ist aber nicht einmal vom Kläger behauptet worden. Insbesondere hat derselbe nirgends gewagt, den A. L. S. als einen durch geistige Krankheit seiner Willensfreiheit beraubten Menschen darzustellen. Es wäre aber in dieser Beziehung um so mehr eine bestimmte thatsächliche Behauptung erforderlich gewesen, da nicht allein die obervormundschaftliche Behörde — in dem Decrete vom 21. September 1827 — ihre Ansicht von der Willensfähigkeit des Curanden zu erkennen gegeben, sondern auch das Gericht G. in dem Depositionsprotocolle vom 4. December 1854 ausdrücklich auf Grund einer mit A. L. S. angestellten umständlichen Unterredung bezeugt hat, daß derselbe sich im vollen Besitze seiner Verstandeskräfte befunden habe. Irrelevant ist es, daß A. L. S. es zur Sicherstellung seines intendirten Testamentes für nöthig hielt, um den obervormundschaftlichen Consens zu einer letztwilligen Disposition und um Entbindung von der Curatel zu diesem Acte zu bitten. Denn jedenfalls wurden die Zweifel, welche er in Bezug auf seine Testirfähigkeit hegen mochte, durch das Decret vom 21. September 1827 vollständig gehoben.

Mochte er auch irrthümlich glauben, daß er erst durch die von der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz ausgesprochene partielle Aufhebung der Curatel die Befugniß zur Errichtung eines letzten Willens erhalten habe, so war doch das Resultat seiner, mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmenden, festen Ueberzeugung von der Berechtigung zum Testiren ausreichend, um die letztwillige Disposition rücksichtlich des hier fraglichen Punctes gegen eine Ungültigkeit zu schützen.

32.

1. **Worin bestehen nach der geschichtlichen Entwickelung der gemeinrechtlichen Praxis die Solennitäten des** testamentum judici oblatum?
2. **Der Inhalt eines letzten Willens ist nach dem am letzten Domicil des Testators geltenden Rechte zu beurtheilen.** We. $^{616}/_{1858}$.

Der am 30. November 1851 zu Rostock verstorbene Königl. Hannöversche Lieutenant a. D. und vormalige Mecklenburgische Gutsbesitzer C. A. v. W. hatte nach mehreren früher deponirten aber wieder zurückgenommenen letztwilligen Dispositionen bei dem vormaligen Stadtgericht der Residenzstadt Hannover das ebendaselbst am 10. Januar 1852 eröffnete Testament errichtet und in demselben ein Fideicommiß über sein ganzes Vermögen angeordnet. Am Schluß dieser Fideicommißstiftung erklärt der Testator:

Da ich nun den G. L. v. W. auf S. —, dann den Oberappellationsrath W. zu C. —, drittens den Geheimen Kriegsrath W. in H. oder nach dessen Tode Einen seiner Söhne oder Enkel, sämmtlich zu meinen fideicommissarischen Erben nach Majoratsgrundsätzen und nach der in meiner Fideicommißstiftung näher bezeichneten Weise eingesetzt habe und hierdurch einsetze, so setze ich noch für den Fall, daß meine Fideicommißstiftung nicht ausgeführt werden könnte oder würde, den dritten Sohn des Ge-

heimen Kriegsraths W. in H., Namens R., zu meinem Universalerben hiermit ein.

Dies Testament, welchem schließlich die Codicillarclausel angehängt war, wurde von den Angehörigen des Testators, welche abgesehen von dem Vorhandensein eines gültigen Testamentes Intestaterben desselben geworden sein würden, beim Obergericht der Stadt Rostock mittelst der nachstehenden Klage gegen die Testamentserben (welche die ihnen aus dem letzten Willen deferirte Erbschaft angetreten hatten) als ungültig angefochten:

Es seien in dieser Nachlaßsache zwei Testamente publicirt, das Eine bei dem Königlichen Stadtgerichte zu Hannover, das andere bei dem Obergerichte zu Rostock, beide ohne Rechtsbestand.

Das letztere am 21. Februar 1850 zu Hannover deponirte sei laut des am 5. October 1850 daselbst im Hause des Stadtrichters B. aufgenommenen Protocolls Nr. 2 zurückgenommen und die Couvertaufschrift ohne Zweifel vom Erblasser selbst durchstrichen.

Das erstere jüngere, nämlich am 10. Januar 1852 zu Hannover publicirte Testament, welches schon deshalb allein in Betracht komme, fechten die Kläger aus drei Gründen an:

1. Dasselbe sei weder im Gerichtslocal, noch vor besetzter Gerichtsbank, noch in Gegenwart eines Actuars errichtet, noch habe der Testator das Depositionsprotocoll unterzeichnet. Dies ergäben die Testamentsverhandlungen des Verstorbenen vor dem Stadtrichter B., Anl. Nr. 3 und 4. Dem Letzteren sei auch, obschon das Depositionsprotocoll vom 5. October 1850 solches angebe, weder von dem Gerichtsdirector ein Commissorium zur Entgegennahme des Testaments ertheilt, noch ein solches vom Erblasser vorweg beantragt. Das Depositionsprotocoll vom 5. October 1850 und der Depositenschein von gleichem Dato könnten ferner nicht als ächte Urkunden gelten, da sie am 5. October nicht aufgenommen seien, und als sie aufgenommen wurden, Dasjenige, was sie bekunden, in Wahrheit nicht vorgekommen sei. Der Erblasser sei zwar am 5. October 1850 in Hannover gegenwärtig gewesen und habe das frühere Testament

vom 21. Februar 1850 mittelst gerichtlicher Verhandlung zurückgenommen. Allein das am 10. Januar 1852 mit dem Depositionsprotocolle publicirte Testament und der im Nachlasse vorgefundene Depositenschein vom 5. October sei nicht gleichlautend mit dem damals möglicher Weise errichteten Testament und Depositenschein, diese seien vielmehr zweifellos widerrufen, beziehungsweise vernichtet und dasselbe Testament von Neuem rechtsbeständig nicht wiedererrichtet, oder andererseits das am 5. October errichtete Testament wegen fehlender **unitas actus** ungültig geblieben.

Zur Begründung dieser Behauptungen führen die Kläger Folgendes näher an und aus. — Der Geheime Kriegsrath W. zu J., ein Vetter des Verstorbenen, mit welchem dieser die Testamentserrichtung betrieben, habe die ihm gerichtsseitig zugefertigte Abschrift des Testamentsrücknahmeprotocolls vom 5. Oct. und des ursprünglichen Depositionsscheins vom gleichen Dato mittelst Schreibens vom 11. October 1850 Nr. 5 dem Testator mitgetheilt. Es sei indeß darin irrthümlich von der Copie des über die neue Testaments-Deposition errichteten Protocolls die Rede. Denn dieses habe gar nicht mitgetheilt werden können, da der Stadtrichter B. es nach der Hannoverschen General-Verordnung vom 22. Mai 1750 sofort bei der Testamentshandlung mit dem Testamente selbst in das gerichtliche Couvert verschlossen habe. Die mitgetheilte Copie könne also nur eine Abschrift des Rücknahmeprotocolls des früheren Testaments vom 21. Februar 1850 gewesen sein. Dem Testator aber habe die in dem Depositionsscheine und der Protocollabschrift enthaltene Personalbezeichnung mißfallen, der Geheime Kriegsrath W. habe sich daher laut Schreibens vom 6. Nov. 1850 Nr. 7 im Auftrage des Testators mit dem Stadtrichter B. dahin verständigt, daß dieser das Testamentscouvert vom 5. October aus dem gerichtlichen Depositorio zurückgenommen, erbrochen, das Testament und Depositionsprotocoll herausgenommen, das letztere und den zurückgegebenen Depositenschein vom 5. October 1850 cassirt, darauf ein neues Depositionsprotocoll eigenhändig geschrieben und einen neuen Depositenschein **ad acta**

entworfen habe. Beide Actenstücke seien mit veränderter Personalbezeichnung des Testators auf den 5. October 1850 zurückdatirt und das Depositionsprotocoll wiederum mit einem Testamente, von dem es dahin stehe, ob es das unter dem 5. Oct. deponirte gewesen, in ein Couvert geschlagen, dieses mit dem Gerichtssiegel verschlossen und mit der dem Wunsche des Testators gemäß abgeänderten Ueberschrift in das Archiv zurückbefördert. So sei es gekommen, daß das jetzt vorliegende Depositionsprotocoll abweichend von sämmtlichen früheren Testamentshandlungen und dem Rücknahmeprotocolle von gleichem Dato vom Erblasser nicht vollzogen sei. Demnächst sei der neu ausgefertigte Depositenschein vom 5. October dem Geheimen Kriegsrath W. zugestellt und mit Schreiben vom 16. Dec. 1850 Nr. 8 an den Erblasser eingesendet.

Durch diesen Sachverlauf sei das etwa am 5. Oct. 1850 errichtete Testament, selbst wenn es mit dem jetzt in Hannover publicirten völlig gleichlautend gewesen wäre, deshalb über den Haufen geworfen, weil

a) das ohne Zweifel vom Erblasser eigenhändig unterzeichnete Depositionsprotocoll vom 5. October nicht mehr existire, also über den damaligen Testamentsact eine gerichtliche Urkunde nicht vorhanden sei. Zu diesem objectiven komme der subjective Mangel, daß

b) das Depositionsprotocoll und gerichtliche Couvert vom 5. October 1850 mit dem Willen des Testators fehle. Dieser habe mit dem Testament vom 5. October nicht decediren, dasselbe vielmehr einer Abänderung unterwerfen wollen und mit solcher den Geheimen Kriegsrath W. beauftragt. Dieser habe es zweckmäßig gehalten, jenes Testament zurückzufordern und mit veränderter Personalbezeichnung des Testators von Neuem zu deponiren, weil nach dem Atteste C. ad [69] act. die Bevollmächtigung eines Dritten im Königreich Hannover bei der Testamentserrichtung gesetzlich unzulässig sei. Es sei daher der Wunsch des Testators in der Weise realisirt worden, daß das frühere Testament unter Rückgabe des Depositenscheins zurückgenommen, entsiegelt, das alte Depositionsprotocoll umgeschrieben

und diesem abgeänderten Protocoll entsprechend ein neuer Depositenschein und Couvertaufschrift ausgefertigt sei. Das frühere Testamentscouvert und Depositionsprotocoll vom 5. October aber sei cassirt und der Depositionsschein zurückgereicht worden. In diesen Thatsachen sei eine physische Vernichtung des Testaments mit dem Willen des Testators um so mehr zu befinden, als nach der Verordnung vom 22. Mai 1750 die Couvertirung und Besiegelung als eine Testamentssolennität, jedenfalls Couvert und Inscription als integrirender Theil des äußeren physischen Testamentes zu betrachten sei, auch nach dem Willen des Testators das frühere Depositionsprotocoll zugleich mit dem Couverte von der eigentlichen Testamentsurkunde entfernt sei.

Diesemnach sei der frühere Testamentsact vom 5. October 1850 vernichtet, der neue jetzt vorliegende **per mandatarium** vorgenommen und darum ungenügend.

Wolle man aber Beides als eine einzige continuirliche Testamentserrichtung auffassen, so mangele die **unitas actus** so sehr, daß für die Identität der jetzigen neuen Urkunde mit der alten jede Garantie fehle, zumal der Geheime Kriegsrath W. nebst seinem Sohne erheblich bedacht sei und der Erblasser eine ganze Zahl von Testamenten deponirt und zurückgenommen habe.

2. Ein weiterer Anfechtungsgrund wird dem am 5. Oct. 1850 bereits begründeten Domicil des Erblassers in Lübeck entnommen. Nach Lübischem Rechte Thl. 2 Tit. 1 Art. 12 hätte der Erblasser

a) seine nächsten Blutsverwandten bei Vermeidung der Nichtigkeit mit einer Gabe, wenn auch nur mit den bekannten 8 ßl. 4 Pf. Lüb. Courant bedenken müssen. Dagegen komme auch nicht in Betracht, daß das Testament in Hannover errichtet, mithin rücksichtlich der Form, entsprechend der Regel **locus regit actum** nach dortigem Recht zu beurtheilen sei. Denn diesen Grundsatz anerkenne das Lübische Recht Thl. 2 Tit. 1 Art. 16 nur, wenn das Testament an einem fremden Orte aus Noth angehenden Todes errichtet und die nächsten Blutsfreunde darin nicht präterirt seien.

b) Für den Lübecker Einwohner bestehe ferner keine testamentifactio über Erbgut, Kläger beanspruchen daher eventuell den dem Testator von seinen Eltern nach und nach zugewandten und vererbten Betrag von 61,800 Thlr. Gold.

3. Eventuell wollen Kläger das Testament nur als Intestatcodicill aufrecht erhalten wissen, weil es

a) der Fideicommißerrichtung an einer Erbeinsetzung fehle, diese vielmehr nur unter Voraussetzung des Eintritts der Kläger als Erben aufrecht erhalten werden könne, in welcher Eigenschaft sie die Ausantwortung des Nachlasses und Ausstellung des Erbenzeugnisses auf sich begehren könnten.

b) Der bedingungsweise berufene Sohn des Geheimen Kriegsraths W. sei kaum als substituirter Erbe zu betrachten, da er nur unter der Bedingung der Nichtausführung der Fideicommißstiftung berufen sei. Derselbe sei daher **in conditione positus**, mindestens für jetzt ganz unberechtigt zum Nachlasse.

Diesemnach richten Kläger, possessorisch und petitorisch klagend ihre Klagebitte dahin:

> sie als die ausschließlichen Intestaterben des wailand C. A. v. W. anzuerkennen, demnach zu verfügen, daß ihnen **respective** aus der angeordneten Sequestration oder von den Gegnern dessen gesammter Nachlaß **cum omni causa** herauszugeben, auch ihnen das Erbenzeugniß zu ertheilen sei, unter Verurtheilung der Gegner in die Kosten des Verfahrens.

Schließlich suchen sie die eifrige Betreibung einer veränderten Personalbezeichnung bei dem Testamentsacte aus dem Bedenken des Erblassers zu erklären, daß er als Lübecker Einwohner nicht berechtigt sein möchte, ein Testament des vorliegenden Inhalts zu errichten, so wie aus dem Wunsche, die Collateralerbsteuer von seinem Nachlasse vermieden zu sehen und deshalb die ganze Regulirung seines Nachlasses dem Hannoverschen Gesetz zu unterwerfen. Deshalb habe er auch seinen Wohnsitz in Lübeck später wieder in Abrede gestellt, im Jahre 1851 sein Domicil in Rostock zu nehmen beschlossen und ein

neues hier zu errichtendes Testament vorbereitet, sei indeß vor Ausführung dieses Vorhabens vom Tode überrascht worden.

In den Exceptionalen wird von den Beklagten das von den Klägern behauptete verwandtschaftliche Verhältniß als Geschwister beziehungsweise Geschwisterkinder des Verstorbenen nicht in Abrede genommen. Auch sind die Beklagten damit einverstanden, daß das unter den Nachlaßpapieren vorgefundene, demnächst vom Obergerichte zu Rostock publicirte Testament seine rechtliche Gültigkeit verloren habe, ohne jedoch damit einzuräumen, daß diese Urkunde ohne alle Bedeutung sei, indem sie vielmehr mit dem Testamente vom 5. October im Wesentlichen übereinstimme, mithin wider die Annahme eines Mangels ernstlicher Willensmeinung in dieser letzteren Ueberarbeitung der schon früher gehegten und gültig ausgesprochenen letztwilligen Absicht Zeugniß gebe.

Den klägerischen Angriff

ad 1 betreffend, überreichen Beklagte in der Anlage Nr. 1 als Theil der Exceptionalen die Ausarbeitung eines Hannoverschen Rechtsanwaltes über das dortige Verfahren in Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dem Angriff

ad 2 setzen Beklagte den Einwand der Allgemeinheit bezüglich der behaupteten Begründung des Domicils in Lübeck und der Unterwerfung unter das dortige Recht zur Zeit des Testamentes vom 5. October 1850 mit dem Antrage entgegen, die Klage insoweit angetragener Maßen **refusis expensis** abzuweisen. Nur **in eventum** contestiren Beklagte **litem** dahin, daß sie in Abrede stellen, daß der verstorbene Carl Adolf v. W. am 5. October 1850 sein Domicil bereits in Lübeck begründet und sich dadurch der Herrschaft des Lübischen Rechts unterworfen habe. In weiterer eventueller Ausführung suchen Beklagte unter Bezugnahme auf das Schreiben Anlage **B.** darzuthun, daß der Verstorbene die Absicht in Lübeck seinen bleibenden Wohnsitz aufzuschlagen, nicht gehabt habe. Ferner: daß nicht durch das Domicil, sondern durch Erwerb des Bürger- eventuell des Schutzbürgerrechts, zu welchem **defunctus** nicht herangezogen worden, die Herrschaft des Lübischen Rechts begründet sein

würde. Für den Fall der Anwendung des Lübischen Rechts bestreiten Beklagte ferner, daß die daselbst Thl. 2 Tit. 1 Art. 12 enthaltene Vorschrift ein inneres Solenne des Testaments enthalte und deren Nichtbefolgung Nichtigkeit des ganzen Testaments bewirke, da der Satz: **Nemo pro parte testatus etc.** nach Lübischem Recht keine Gültigkeit habe. Im äußersten Fall sei dem Erforderniß durch Einsetzung des mitunterschriebenen Hofraths v. W., der als Bruder zu den nächsten Blutsfreunden des Verstorbenen gehöre, Genüge geschehen. Der Anwendung des Lübischen Rechts trete ferner entgegen, daß das Testament vom 5. October 1850 in Hannover errichtet sei und mit dem früher daselbst deponirten wesentlich übereinstimme, woraus erhelle, daß der Erblasser sich an die erbrechtlichen Vorschriften des Lübischen Rechts nicht gebunden erachtet habe. Dies bestätige auch der von den Klägern in Bezug genommene Art. 16 Tit. 1 Thl. 2 des Lübischen Rechts. „Stürbe unser Bürger Einer," indem er das Bürgerrecht oder das neuere Schutzbürgerrecht zur Voraussetzung der Anwendung des Lübischen Rechts auf Form und Inhalt des Testaments erhebe. Noch weniger könne das Erbgut des Erblassers nach diesem Rechte beurtheilt werden, weil derselbe von seinen Eltern nur bewegliches Vermögen ererbt habe und das gesammte Nachlaßvermögen unverändert in Mecklenburg radicirt geblieben sei. Die von den Eltern ererbte und nach und nach erhaltene Summe betrage auch nicht 61,800, sondern nur 54,805 Thlr. Gold. Endlich habe der Verstorbene zu Michaelis 1851 seinen vorübergehenden Aufenthalt in Lübeck ganz aufgegeben und sich in Rostock domicilirt, wo er auch schon früher in den Terminszeiten sich eingestellt und seinen gesammten geschäftlichen und vermögensrechtlichen Verkehr vollführte. Jedenfalls habe derselbe zur Zeit seines Todes nicht unter der Herrschaft der erbrechtlichen Bestimmungen des Lübischen Rechts gestanden.

ad 3 entspreche der letzte Wille qu. allerdings den Erfordernissen eines Testaments, im Gegensatze eines Intestatcodicills, namentlich in Betreff der Erbeinsetzung. In dieser Beziehung führen die Beklagten an, daß die Fideicommißstiftung

unter Abzug der Trebellianischen Quart gar nicht in Ausführung treten könne, daß der Erblasser die betreffende Urkunde als Testament bezeichnet mit der Codicillarclausel versehen, für den Fall der Nichtausführung des Familienfideicommisses den Rudolf W. zu seinem Universalerben ernannt, endlich in einem besonderen Satze den Hofrath v. W., den Oberappellationsrath W. und den Geheimen Kriegsrath W. zu „fideicommissarischen Erben" eingesetzt habe, worunter dem Zusammenhange nach, nicht eine mittelbare Ernennung neben einem (nicht ernannten) Fiduciarerben, sondern nur der directe Erbe verstanden werden könne, welcher unmittelbar aus den Händen des Erblassers den Genuß des Fideicommisses empfange und nur deshalb mit jenem Zusatze bezeichnet werde, weil dem Erblasser das Familienfideicommiß vor Allem am Herzen gelegen habe.

Diesen Ausführungen entsprechend, beantragen die Beklagten die Abweisung der Kläger mit ihren auf Beseitigung der testamentarischen Erbfolge in den Nachlaß des C. A. v. W. erhobenen Ansprüchen, und behalten sich die Ansprüche auf Schadensersatz wegen verhinderter Extrahirung des Erbenzeugnisses und freier Disposition über den Nachlaß vor.

In der erwähnten den ersten Angriffspunkt wegen formeller Mängel des Testaments betreffenden Ausführung wird in facto eingeräumt:

daß das fragliche Testament einem Mitgliede des vormaligen Stadtgerichts zu Hannover übergeben worden und ein besonderer Actuar nicht zugezogen worden ist,

daß das Uebergabeprotocoll nicht unterschrieben ist,

daß das Testament nicht im Gerichtslocal, sondern in der Wohnung des fungirenden Richters übergeben ist.

Dagegen leugnen Beklagte:

daß der fungirende Richter eines Commissorii bedurft habe, um das fragliche Testament mit Rechtsbestand entgegen zu nehmen, eventuell, daß ihm ein solches gefehlt habe. Eventuell behaupten sie, daß dieses genügt habe und ganz eventuell, daß ein specielles Commissorium für die Uebergabe dieses Testamentes in genügender Weise beantragt und ertheilt sei.

In Betreff des Depositenscheins leugnen Beklagte S. 11:

daß der Depositenschein vom 5. October nicht aufgenommen sei, behaupten vielmehr, daß der von diesem Tage datirte Depositenschein zwei Male, das letzte Mal nach Veränderung des Concepts, den Wünschen des Testators entsprechend ausgefertigt sei.

Die Abweichung des ursprünglichen, dem Testator mißfälligen Depositenscheins von dem Depositionsprotocoll erkläre sich daraus:

daß, als der Depositenschein entworfen wurde, das Protocoll versiegelt war.

Daß das Rückgabeprotocoll vom 5. October 1850 vom Testator unterschrieben sei, das Uebergabeprotocoll nicht, wird zugegeben, aber aus der Eigenschaft eines Empfangsprotocolls erklärt, welches nach der Vorschrift der Untergerichts-Ordnung von 1827 §. 26 mit der Unterschrift des Empfängers versehen worden sei.

Demnach leugnen die Beklagten in Betreff des Uebergabeprotocolles, daß selbiges erst nach dem 5. October 1850 aufgenommen sei,

daß an jenem Tage ein anders lautendes Testament aufgenommen worden,

daß das an jenem Tage aufgenommene aus dem versiegelten Couverte genommen und verschwunden sei.

Dagegen nehmen sie die Behauptung der Kläger, daß das am 5. October 1850 aufgenommene Protocoll sofort versiegelt worden als wahr an, leugnen aber, daß jene sofortige Versiegelung zur Gültigkeit des Testaments erforderlich gewesen und durch ein Hannoversches Gesetz vorgeschrieben sei.

In Betreff des Widerrufs stellen Beklagte in Abrede,

daß auf den Betrieb des Geheimen Kriegsraths W. das Testamentscouvert aus dem Depositum des Gerichts zurückgenommen, erbrochen und mit dem Depositionsprotocoll vom 5. October cassirt sei. Nach dem Briefe vom 16. December 1850 sei mit B. nichts Anderes verabredet als eine Aus-

fertigung des Depositenscheins mit veränderter Bezeichnung des Testators.

In Rücksicht der von den Klägern behaupteten Erbrechung und Veränderung des Testamentumschlags, woraus diese die Nicht-Identität und den Mangel der Garantie für die Identität des am 5. October 1850 deponirten und des am 10. Jan. 1852 publicirten Testaments folgern, leugnen Beklagte die Erbrechung wie die Anfertigung eines anderen versiegelten Couverts, entsprechend der von ihnen in Abrede genommenen *späteren* Abfassung des Uebergabeprotocolls.

Den Beweis, welchen Kläger für jene Vertauschung aus dem Inhalt des bei dem Stadtgerichte zu Hannover geführten Testamentenbuchs entlehnen, beantworten die Beklagten mit Nichtwissen dieser beiden verschiedenen Angaben und bestreiten eventuell die Prämisse, daß die Eintragung in das Testamentbuch nach der Couvertaufschrift geschehen sei, indem sie ebensowohl nach dem Concepte des Depositenscheins erfolgt sein könne.

In dem zweiten rechtlichen Theil der Ausführung wird sodann zu zeigen gesucht, daß in den älteren Landen des Guelphenhauses keine dem gemeinen Rechte derogirende Vorschriften über die Testamentssolennien existiren und auch die Verordnung vom 22. Mai 1750 nur reglementarische Bestimmungen über Verwahrung und Publication, nicht aber für ein Protocoll der hier vorliegenden Art enthalte, namentlich nicht für ein Protocoll über die Ueberreichung eines schriftlichen Testaments, wonach denn weder in dem Uebergabeact vom 5. October 1850 ein Mangel vorhanden, noch ein Widerruf, noch endlich eine fehlende **unitas actus** anzunehmen sei.

Aus der Replik ist nur hervorzuheben, daß die Kläger ihrer Klage **ad I.** eine andere Deutung geben, indem sie erklären, daß dieselbe

an sich durch die Bezugnahme auf das Intestaterbrecht begründet werde neben der Behauptung, daß das anliegende Depositionsprotocoll ein **falsum** sei.

Die specielle Anfechtung des Testaments sei in der Klage nur für den Fall aufgestellt:

daß der erkennende Richter der Ansicht sein sollte, die Klage könne nur durch directe und unmittelbare Anfechtung der Testamente begründet werden.

Daher hätten die Beklagten die Einrede eines gültigen, die Intestaterbfolge beseitigenden Testaments aufstellen und das Testament als solches, d. h. die Gültigkeit des Errichtungsacts beibringen müssen.

Nachdem sodann die Duplik erfordert worden, wurden die Acten ex officio an die Juristen-Facultät zu Berlin versandt, welche in dem Erkenntnisse de publicato 12. Februar 1856 die Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten ab- und zur Ruhe verwies.

Auf Appellation der Kläger bestätigte das Oberappellationsgericht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten der zweiten Instanz mittelst des Erkenntnisses vom 17. Juni 1858 die erste Entscheidung aus folgenden Gründen;

1. Während bei den Römern die Errichtung eines gerichtlichen Testaments nur auf dem Wege möglich war, daß der letzte Wille vom Testator mündlich vor Gericht erklärt und in ein Protocoll aufgenommen wurde, bildete sich daneben während des späteren Mittelalters das testamentum judici oblatum in der durch italienische Statuten bestätigten Sitte aus, einen vorher schriftlich verfaßten letzten Willen dem Gerichte zum Zwecke der Solennisirung zu übergeben,

v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Bd. 1 §. 27 d.

Spangenberg im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 5 S. 170 f. und Lehre vom Urkundenbeweise, Abth. 1, S. 430 f.

Mittermaier, Grundsätze des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 §. 461 not. 19.

Die ersten — für die spätere Theorie Grund legenden — Aussprüche über diese neue Testamentsart finden sich in den Schriften der Commentatoren, und zwar vor Allen bei Bartolus, welcher im Comment. ad l. 19 C. de testament. (6, 23) nr. 5 die in diesem Gesetz ausgesprochene Gleichstellung des

testamentum principi oblatum mit dem testamentum apud acta conditum unbedenklich auf das dem Richter übergebene Teſtament überträgt und demgemäß die Beſtimmung der l. 19 C. cit., nach welcher die Gültigkeit des dem Kaiſer übergebenen letzten Willens nicht von der Erlaſſung eines antwortenden Reſcriptes abhängt, zur Rechtfertigung der Bemerkung benutzt: „quod sufficit, quod testamentum producatur coram judice causa insinuandi, licet nihil dixerit.“ Die Schlußworte: „Et ita mihi videtur, quod practicent hic advocati ex forma cuiusdam statuti“ zeigen, daß **Bartolus** aus der Erfahrung des practiſchen Rechtslebens ſpricht, in welchem gerade bei den von ihm an der citirten Stelle ſpeciell angeredeten Peruſinern das gerichtliche Teſtament in Folge einer ſtatutariſchen Beſtimmung die ausſchließlich zuläſſige Teſtamentsform geworden war.

Die Lehre des **Bartolus** kehrt bei ſeinen Nachfolgern wieder:

Baldus Comment. ad l. 19 C. cit. nr. 3.
Franciscus Aretinus Comment. ad l. 19 C. cit. nr. 4.
Angelus de Perusio Comment. ad l. 19 C. cit. nr. 3.

Wenn **Paulus de Castro** (Comment. ad l. 19 cit. nr. 5) zwar nicht unmittelbar von dem gerichtlich übergebenen Teſtamente ſpricht, ſo iſt es doch von Bedeutung, daß er in Uebereinſtimmung mit dem von Bartolus ſpeciell in Bezug auf das Teſtament ausgeſprochenen Gedanken aus der l. 19 C. cit. generell für die gerichtliche Inſinuation eines Rechtsgeſchäfts den Satze ableitet: sufficit quod instrumentum sit productum coram judice — nec requiritur, quod judex loquatur vel aliquid dicat confirmando, und verdient es ferner Beachtung, daß derſelbe daneben auf die Nothwendigkeit einer actenmäßigen Notiz über die geſchehene Inſinuation hinweiſt.

2. Die Deutſche Praxis eignete ſich nicht allein mit der Reception des Römiſchen Rechts die mitgetheilten Reſultate der Commentatorenſchule an, ſondern brachte auch die bereits von der Gloſſe (ad l. 19 C. cit. v. omnium und v. testibus)

ventilirte Controverse über die Nothwendigkeit der Gegenwart von Zeugen bei dem gerichtlichen Testament durch die Verwerfung der sachlich völlig unhaltbaren bejahenden Meinung zum Abschluß. Demgemäß erklärt **Hieronimus Schurpff** (Consil. 77 nr. 4) es für eine communis observantia, quod si testator compareat coram judicio manifestando seu insinuando ibi suum testamentum, faciendum redigi ad acta, quod valeat absque eo, quod intervenerint aliqui testes propter scilicet authoritatem judiciariam, und hebt in Uebereinstimmung hiermit **Mynsinger** in dem Respons. 79 nr. 8 mit Bezug auf das Würtembergische Landrecht die Zulässigkeit der gerichtlichen Insinuation eines verschlossenen und versiegelten Testamentes hervor, wie er in den Singular. Observ. Cent. VI. Obs. 29 nr. 5 bezeugt, daß sich das Reichskammergericht und überhaupt die Praxis gegen die Nothwendigkeit der Zuziehung von Zeugen ausgesprochen habe. Dabei blieb die Ansicht von dem testamentum judici oblatum als einer schon dem Römischen Rechte angehörigen Testamentsform herrschend. So äußert **Wesenbecius** (Commentar. ad Digest. lib. 28 Tit. 1 nr. 10) unter Berufung auf l. 18, 19 und 21) C. de testam. (6, 23): Et sane lex non postulat, testamentum apud acta publicoque loco fieri, sed tantum vult offerri et quamvis privatum absolutum insinuari. Auch der sonst das Römische Recht so rein darstellende **Donellus** (Comment. de jure civil. Lic. VI. cap. VI. §. 5) legt dem letzten Willen, welcher als solcher in einer früher geschriebenen und couvertirten Urkunde dem Richter übergeben und auf Antrag des Testators unter die Gerichtsacten aufgenommen wird, dieselbe Kraft bei, quae et ceterorum actorum, nempe fides publica et quae habeat perpetuam firmitatem tanquam monumenta publica.

Zur Befestigung der dargelegten Theorie vom testamentum judici oblatum trug ferner die allmälig zur Herrschaft gelangte Theorie von dem s. g. testamentum nuncupativum implicitum bei. Nachdem nämlich **Bartolus** (Comment.

ad l. 38 de condit. et demonstr. 35, 1) die Auflagen als gültig anerkannt hatte, welche dem Erben vom Testator mit den Worten gemacht waren: „Volo quod heres meus det illud, quod scriptum est in schedula, quam reliqui apud guardianum fratrum Minorum," ging die spätere Zeit so weit, ein Testament als mündliches für gültig zu erklären, bei welchem der Testator die nuncupatio nur dadurch vollzieht, daß er den Inhalt einer den Zeugen verschlossen vorgezeigten Schrift als seinen letzten Willen bezeichnet.

Julii Clari Practica Civil. Lib. III. Sententiarum receptarum § Testamentum Qu. IV §. 3 u. Qu. XXXVI. nr. 2.
Wesenbecius, P. 1. Cons. 29. nr. 21. P. II. Cons. 85.

Die Consequenz erfordert es unverkennbar, die gleiche Art der nuncupatio in Bezug auf das testamentum judici oblatum als ausreichend zu behandeln, und macht daher Hartmann Pistoris Lib. III. Qu. XXVIII. nr. 12 ff. zur Begründung der Rechtsgültigkeit des Letzteren neben den Aussprüchen der l. 18 u. 19 C. de testam. (6, 23) die Analogie des vor Zeugen errichteten testamentum nuncupativum implicitum geltend, indem er äußert: cur voluntatis declaratio coram actis non eandem vim habere debeat, ac si coram testibus esset facta, causa iusta nulla subesse potest.

3. Hatte dem Vorstehenden zufolge das testamentum judici oblatum in der von Bartolus entwickelten Gestalt bis zum Ende des 16. Jahrhunderts in der gemeinrechtlichen Praxis die allgemeinste Anerkennung gefunden, so boten doch die in Bezug auf dasselbe geltend gemachten theoretischen Gesichtspunkte in so fern leicht angreifbare Seiten dar, als eine genaue Auslegung des Codex Bedenken gegen die versuchte unmittelbare Ableitung aus dem Römischen Rechte erregen mußte, und wurde auch wirklich von dieser Seite her ein Angriff gegen die herrschende Lehre von Vultejus (Consil. Marpurg. Vol. I. Cons. XXXIV.) unternommen. Derselbe macht nämlich darauf aufmerksam, daß die l. 19 C. cit. verb.: „Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut muni-

cipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium“ nur von einer mündlichen Erklärung des letzten Willens verstanden werden könne, wie auch l. 27 C. eodem in gleicher Weise in Bezug auf den Widerruf des letzten Willens von einem manifestare inter acta rede. Sodann stellt er zur theoretischen Widerlegung der gemeinen Lehre über die Solennisirung eines früher errichteten schriftlichen Testamentes durch nachfolgende gerichtliche Insinuation die Sätze auf: actus quidem testamenti conditi non valet, quia non est factus apud acta et solennia testamentorum deficiunt: actus vero testamenti insinuandi non valet, quia insinuatio praesupponit testamenti validitatem, quae cum nulla est, etiam insinuatio nulla est. Uebrigens giebt Vultejus das strenge Resultat seiner Auslegung der Quellen selbst wieder dadurch auf, daß er eben so wenig die communis opinio von dem testamentum nuncupativum implicitum wie die Sitte der gerichtlichen Ueberreichung schriftlicher Testamente anzutasten wagt, und in Folge dessen den Schwerpunkt des in der l. 19 C. cit. erwähnten publicare lediglich darin setzt, daß der Inhalt des Testamentes zur Kenntniß des Richters gebracht werde. Ja! Er erklärt die Ueberreichung eines verschlossenen und seinem Inhalte nach dem Richter unbekannt bleibenden schriftlichen Testamentes unter der — von dem schriftlichen Privattestament entlehnten — Voraussetzung für gültig, daß dasselbe vom Testator vor Gericht unterschrieben werde. Die Bedeutung des hiefür angeführten Grundes: quod tunc acta sint loco testium wird freilich sofort wieder dadurch aufgehoben, daß derselbe Schriftsteller die Gegenwart von sieben Zeugen auch bei der Errichtung eines gerichtlichen Testamentes verlangt.

4. Die Skepsis des Vultejus vermochte nicht, Einfluß auf die Praxis zu gewinnen, deren Fortbildung im Sinne der gemeinen Lehre in den Ländern des sächsischen Rechtes dadurch eine sehr entschiedene Stütze gewann, daß die Augusteischen Constitutionen (P. III. const. III.) sich nicht allein im Allgemeinen gegen das Requisit von Zeugen bei der gerichtlichen Errichtung

von Testamenten aussprachen, sondern auch speciell bestimmten, daß wo Einer ein Testament daheime schreibe oder schreiben lasse, und lege dasselbige hinter das Gerichte, es kräftig sei, da gleich keine Zeugen darbei seien. Die Opposition gegen Vultejus ging daher auch vorzüglich von den sächsischen Praktikern aus, und zwar trat gegen ihn zuerst **Berlich** (Conclus. Practicab. P. III. Concl. IV. nr. 3 ff. 22 ff.) auf. Dieser glaubt eine unmittelbare Bestätigung der Praxis in der l. 18 und 19 C. de testam. (6, 23) zu finden und nimmt das nach den citirten Gesetzen erforderliche **publicare** auch im Fall einer **nuncupatio implicita** als erfüllt an. Die Statthaftigkeit einer derartigen Nuncupation sieht er beim Privattestament nicht als zweifelhaft an: der Richter vertritt ihm aber auf Grund der l. 19 C. cit. verb.: „**aut auribus privatorum**" die Stelle der Zeugen. Von Wichtigkeit ist ihm ferner die in der l. 19 C. cit. ausgesprochene Gleichstellung des **testamentum apud acta conditum** und des **testamentum principi oblatum**, für welches Letztere er in den erwähnten Gesetzen das Erforderniß findet, daß bei der Uebereichung der Testamentsurkunde um deren Reponirung zu den Acten gebeten werde. Auch bietet ihm das alte **testamentum calatis comitiis** eine willkommene Analogie, in so fern bei diesem nur eine allgemeine **nuncupatio** vorkam. Hielt **Berlich** nun freilich im Fall der Production einer vorher zu Hause angefertigten Testamentsurkunde die Hinzufügung des Siegels nicht für genügend, sondern verlangte er auch die Unterschrift des Testators, so blieb er doch dem Satze getreu, daß es nicht gefordert werde, **ut judex pronunciet et aliquid dicat, sed sufficit sola productio animo insinuandi et deponendi**, und erklärte er es in Uebereinstimmung mit einer im Jahre 1612 **in judicio contradictorio** ergangenen Entscheidung für unnöthig, daß die zur Aufnahme eines Testamentes deputirten Schöffen dasselbe unterschreiben und mit ihren Siegeln versehen.

Für die Ansicht **Berlich's** sprachen sich die großen Praktiker **Carpzow** (Definit. forens. P. III. Const. III. Def. II, XXVIII und Respons. Elector. Lib. VI Tit. 2

Resp. 9 — vergl. auch Opus Decis. P. II. D. 148) und Mevius (Consil Posthum. Cons. XL. n. 11 ff. 84—98 und Comment. in Jus Lubec. P. II. Tit. I. Art. II. nr. 10 ff., 70 ff., 146 ff.) aus und zwar berief sich der Letztere mit besonderer Energie auf die allgemeine Observanz, nach welcher bei der gerichtlichen Uebergabe eines schriftlichen Testaments ohne das Erforderniß einer Vorlesung desselben lediglich die Erklärung des Testators verlangt werde, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte. Die von Vultejus angeregte Controverse war damit entschieden und wurde von den nachfolgenden Juristen die Ausreichlichkeit der so eben beschriebenen Form der Testamentserrichtung constant für genügend erachtet.

Chr. Ph. Richter, Decision. jur. P. III. Dec, 144 nr. 3 ff.,
F. Ch. Harpprecht, Disputat. de testam. judicial. (in den Dissertatt. academ. Vol. I. S. 134 ff.) nr. 134 ff.,
Lauterbach, Disp. CXXXIII. de testamento judic. (in den Dissertatt. academ. Vol. III.) thes. XXV. nr. 2,
Berger, Respons. P. II. Resp. 173 S. 311,
Tabor, De Testam. Principi aut Comiti oblato (Tractatuum Vol. I. S. 601) cap. VIII. nr. IV,
Struvius, Syntagma jur. civil. edit. Müller. Exerc. XXXII. th IX. not. th IX,
Consil. Tubing. Tom. VIII. cons. 77 nr. 14 ff.,
Wernher, Select. Observ. forens. T. I. P. IV. Observ. 64 Supplem. nr. 4.

Der neue Versuch Conradi's (De testamento publico, quod fit apud acta Helmst. 1741 §. XVII.) mit Bezug auf die l. 19 C. de testam. (6, 23) die Vorlesung des übergebenen Testamentes als nothwendig zu vertheidigen, blieb vereinzelt stehen und wurde insbesondere von Pufendorf (Observ. jur. univers. Tom. III. Observ. 155) zurückgewiesen.

5. Die Uebereinstimmung der Theorie und Praxis beschränkte sich nicht auf das Resultat Berlich's, sondern erstreckte sich auch auf die theoretische Construction seiner Lehre. Die Zulässigkeit eines testamentum nuncupativum implicitum wurde als feststehendes Axiom behandelt.

Bardili, Disputat. Jurid. Tubing. Disput. de testamento nuncup. 1671 thes. XXV und die ausführliche Relation des Generaladvocaten Otto, de validitate testamenti implicitî seu relativi bei Schilter, praxis juris Romani in foro German. Exerc. 38, §. 43.

Ferner wurde es als Selbstverständniß angesehen, daß die Aussprüche der l. 19 C. de testam. (6, 23) auf das testamentum judici oblatum anzuwenden seien, da ein Gegensatz dieses Testamentes und des römischen testamentum apud acta conditum nicht anerkannt wurde, der Kaiser selbst aber in dem Gesetze von dem letzteren Testamente einen Schluß auf das testamentum principi oblatum macht, die gleiche Beurtheilung Beider folglich auf unmittelbar gesetzlicher Grundlage zu beruhen schien. Man glaubte demgemäß den obersten Grundsatz für die Theorie des gerichtlichen Testamentes aus den Eingangsworten der Constitution: Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur entnehmen zu können. Nachdem schon Vasquius (De successionibus et ultimis voluntat. Francof. ad Moen. 1577 Lib. II. §. 14 nr. 25 und Lib. III. §. 24 nr. 7 f.) gelehrt hatte, daß das gerichtliche Testament nur die (zum Beweise nothwendigen) solennitates juris gentium erfordere, wurde der Satz sprichwörtlich: testamentum apud acta informe esse, relictum in terminis juris gentium atque praeter legitimam probationem nihil desiderare.

Mevius, Consil. XL. nr. 107,
Stryk, de cautel. testament. cap. VII. §. 42,
J. H. Böhmer, Consult. et Decis. T. 2 P. 1 Resp. DCXLV. nr. 7.

und erkannte man allgemein an, daß die Kraft des gerichtlichen Testaments ohne das Erforderniß äußerer Solennitäten auf der — dieselben vertretenden — fides oder auctoritas judicii beruhe.

Perez, Praelect. in Cod. Lib. VI. Tit. 23 nr. 31.
Brunnemann, Comment. in l. 19 C. de testam. (6, 23) init.
Joannis Strauch, Dissertat. ad Jus Justinian. (Jen. 1718) Dissert. IX. thes. XXXI.

Trekell, Tractat. de origine atque progressu Testamentifact. praesert. apud Romanos 1739 cap. III. §. 54.

Woltaer in Klein's Rechtssprüchen der Hallischen Juristenfacultät Bd. 4 S. 39; vergl. auch Lauterbach, Disputat. cit. thes. XV. 3.

Hahn, Observata theoretico-pract. ad Wesenbecii, Commentar. ad Lib. 28 Tit. 1 not VII.

Berger, Oeconom. Jur. Lib. II, Tit. 4 th. 2 not. 2.

Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 443 zu Note 3 und 4.

In der Consequenz dieses Principes bemerkt **Mevius** (Cons. XL. Nr. 107), daß nicht erfordert werde die Unterschrift des Testators oder eines Anderen (**quam nec usus, quem potissimum observamus, observat.**) und leugnet er (Comment. ad jus Lubec. P. II. Tit. I. Art. II. Nr. 152) insbesondere die Nothwendigkeit der Unterschrift der Gerichtsmitglieder, wie er (am zuletzt angeführten Orte) das Protocoll gleichfalls nicht zu den unbedingt nothwendigen Solennitäten zählt. Ebenso heben **F. Ch. Harpprecht** (Disput. cit. Nr. 180 ff., **Ch. Ph. Richter** (Decis. jur. var. P. I. Dec. 30 Nr. 16 f.) und **Wernher** (Select. Observ. forens. T. II. P. VII. Obs. 161 Nr. 1 f.) von der gleichen Basis aus die Entbehrlichkeit der Unterschrift des Richters, sowie der gerichtlichen Besiegelung hervor.

vergl. Pufendorf, Observ. jur. univers. Tom. III. Observ. 153 §. XII.

Die auf **Paul. recept. sentent. Lib. IV. Tit. 6 §. 1** gestützte Ansicht **Conradi's** (a. a. O.), daß bei den Römern die gerichtlich übergebenen Testamente nach ihrer Vorlesung mit einem gerichtlichen Siegel versehen seien, hatte keinen Einfluß auf das practische Recht, und erklärte sich auch bei dieser Frage **Pufendorf** (a. a. O. Observ. 155) gegen **Conradi**.

6. Wenn dessenungeachtet im Rechtsleben vielfach den bei Gericht überreichten Testamenten die Unterschrift des Richters und das gerichtliche Siegel hinzugefügt wurde, so betrachtete man dies als eine Cautel, durch deren Erfüllung der Testator die Möglichkeit gewinne, sich die Testamentsurkunde zum Zwecke

der eigenen Aufbewahrung ohne eine Gefahr für deren Rechtsbestand zurückzuerbitten,

Berlich, a. a. O. Nr. 49,
Carpzow, Definit. forens. P. III. Const. III. Defin. 30 und 31,
Schilter, Praxis Juris Rom. in foro Germ, Exerc. 38 §. 37, 71, 72,

und selbst die Deposition zu den Gerichtsacten wurde vielfach nicht als ein nothwendiges Erforderniß aufgefaßt, falls nur das überreichte und sofort wieder an den Testator zurückgegebene Testament durch die gerichtliche Aufschrift und Besiegelung eine — die ordnungsmäßige Oblation außer Zweifel stellende — Beglaubigung empfangen hatte.

vergl. die Forma Testamenti, wie es vom Testatore vor Gericht muß vorgetragen werden bei Beatus Sentent. Definit. Saxon. de testamentis et successionibus (1609) P. II. Tit. I. S. 84 f.
Balser, De forma testamenti judicial. (Giess. 1745) §. XCII.

Der Letztgenannte (a. a. O. §. **LXXXIV.**) bezeichnet demgemäß die Frage, auf welchem Wege und mittelst welcher Formen der öffentliche Glaube und die Autorität des Gerichtes einer Testamentsurkunde mitzutheilen sei, als einen Gegenstand des — gemeinrechtlich durch kein positives Gesetz beschränkten — Ermessens und ähnlich legt **Stryk (de cautel. testam. cap. VII. §. 29 und 32)** nur darauf Gewicht, daß der ordnungsmäßige Hergang des Oblationsactes aus den Acten erhellt, mögen nun die zu diesem Zweck erforderlichen Notizen in ein Protocoll aufgenommen, oder auf den Umschlag des Testamentes geschrieben, oder auf irgend eine sonstige Weise actenmäßig gemacht sein.

vergl. Lauterbach, disput. cit. thes. XXII, 3.
Pufendorf, a. a. O. Observ. 153, §. 5 und Observ. 155.
Höpfner, a. a. O. §. 443 Note 2.
Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle Bd. 1 S. 190.

Auch wird die Ertheilung eines Recognitionsscheines als eines zur Constatirung der ordnungsmäßigen Oblation dienenden Beweismittels erwähnt.

Lauterbach, Colleg. theoretico — pract. Lib. 28 Tit. 1 §. 51.
Malblanc, Princip. jur. Roman. P. II. §. 692.

Im practischen Leben wurde indeß die Sitte, über den Act der Testamentsübergabe ein Protocoll aufzunehmen, eine so allgemein herrschende, daß sich bei den neueren Juristen die Ansicht von der Nothwendigkeit eines solchen Protocolls entwickelt,

Hofacker, Principia jur. civil. Tom. II. §. 1277,
Thibaut, System des Pandectenrechts. Ed. VIII. §. 831,
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 3 Abth. 2 S. 138,
Mayer, Die Lehre von dem Erbrecht Thl. 1 §, 14,
Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht Bd. 3 S. 375,

und von Einzelnen auch die Unterschrift des Protocolls von Seiten des Testators für wesentlich erklärt wird.

Glück, Erläuterung der Pandecten Thl. 34, S. 190.
Mühlenbruch, Ebendaselbst Thl. 38, S. 304.

Wenn die Cautelarjurisprudenz im Streben nach möglichster Sicherung des wichtigen Actes der Testamentserrichtung, außerdem noch darauf Gewicht legte, daß das übergebene Testament mit dem Gerichtssiegel versehen und überschrieben werde, so ging doch die Erkenntniß nicht verloren, daß es sich nur um eine gerichtliche Beglaubigung nach Maßgabe der allgemeinen — für eine solche geltenden — Grundsätze handle.

Claproth, Theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen, §. 106 ff.,
Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Thl. 2 S. 188,
vergl. auch das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. 9 S. 403 ff.

7. Faßt man die vorstehende dogmengeschichtliche Uebersicht im Resultate zusammen, so folgt aus derselben, daß das **testamentum judici oblatum** sich durch ein bis in's spätere Mittelalter zurückgehendes Gewohnheitsrecht entwickelt hat. Seit der Ueberwindung der von **Vultejus** angeregten Zweifel steht die Rechtsgültigkeit dieser Testamentsform in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis mit solcher Entschiedenheit fest,

daß die allgemeine Anerkennung derselben weder durch Conradi's Auslegung der l. 19 C. de testam. (6, 23) noch durch die in neuester Zeit gewonnene klare Einsicht in die abweichende Gestalt des testamentum apud acta conditum hat erschüttert werden können. Waren freilich die theoretischen Gründe nicht haltbar, mittelst deren die früheren Juristen das testamentum judici oblatum an das römische Recht anzuknüpfen suchten, so hat doch sowohl ihre Lehre von der Gültigkeit des testamentum nuncupativum implicitum, als auch die stets wiederkehrende Anwendung der l. 19 C. cit. und der daraus sich ergebenden Analogie des testamentum principi oblatum zweifellos zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Satzes geführt, daß zur Solennisirung des dem Gerichte übergebenen schriftlichen Testamentes von Seiten des Testators nichts weiter erforderlich sei, als die von demselben persönlich vor Gericht abzugebende Erklärung, daß die producirte Urkunde seinen letzten Willen enthalte, und beruht die abweichende Ansicht von Roßhirt (in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 2 S. 43 f.) auf einer lediglich abstracten Deduction, bei welcher die Geschichte des Institutes ganz außer Acht gelassen wird. Ferner ist es von den Zeiten des Bartolus her als feststehend betrachtet worden, daß der Richter bei der Empfangnahme des Testamentes ebensowenig wie der Kaiser, welchem ein Testament offerirt wird, einen der Erklärung des Testators correspondirenden formellen Act zum Zwecke der Confirmation vorzunehmen hat. Das Einzige, was von ihm gefordert wurde, war die Sorge für eine legitima probatio. Würde es zwar nach der ganzen dargelegten geschichtlichen Entwickelung unmöglich sein, ein gerichtliches Testament für gültig zu erklären, wenn das Gericht es unterlassen hat, seine fides dem Testamente durch actenmäßige Constatirung des Oblationsactes mitzutheilen, so existirt doch im gemeinen Rechte keine Vorschrift über eine Form, welche zur Herstellung des erforderlichen actenmäßigen Beweises zu beobachten wäre und darf den Garantien, mit welchen die Cautelarjurisprudenz die gerichtlichen Testamente nach dem Obigen umgiebt, im Allgemeinen nicht die

Bedeutung von wesentlichen Solennitäten beigelegt werden. Selbst die Nothwendigkeit der von der neueren Jurisprudenz geforderten Aufnahme eines Protocolls läßt sich gemeinrechtlich nicht aus überzeugenden Gründen deduciren, obwohl eine bloße Registratur des Richters da nicht ausreichen kann, wo, wie dies in Mecklenburg der Fall ist, zur Rechtsgültigkeit einer von dem Richter vorzunehmenden Jurisdictionshandlung die Anwesenheit eines Actuars (oder einer anderen auf die Protocollführung besonders beeidigten Person) gehört und daher die der Verfassung des Gerichtes entsprechende Betheiligung des Letzteren als Gerichtsschreibers neben derjenigen des Richters in Bezug auf die zur Frage stehende Handlung aus den Acten erhellen muß. Die so eben erwähnte Modification der gemeinrechtlichen Regel ist für den vorliegenden Rechtsfall ohne Bedeutung, da die Befugniß des Stadtrichters B., bei der Testamentsaufnahme ohne Zuziehung eines Actuarius zu fungiren, nach dem Atteste des Amtsgerichtes zu Hannover vom 2. December 1852 — Anlage Q. ad [117] x. in Beihalt der ad [117] t. beigebrachten Hannöverschen Verordnung vom 23. Mai 1821 feststeht und somit seine officielle Vermerkung über Zeit, Ort und das persönliche Erscheinen des Testators keiner weiteren Beglaubigung bedarf, wie sich denn auch aus den Nachweisungen in den Gründen des vorigen Erkenntnisses S. 67 ergiebt, daß ein Oblationsprotocoll im Königreich Hannover nach einer vom Oberappellationsgericht zu Celle anerkannten Praxis für entbehrlich erachtet wird.*)

8. Bei der Anwendung der im Vorstehenden gewonnenen theoretischen Resultate auf das zur Frage stehende Testament stellen sich alle von den Klägern gegen die formelle Rechtsbeständigkeit des Errichtungsactes erhobenen Einwendungen als unhaltbar dar. Aus den vorliegenden Testamentsacten geht nämlich mit zweifelloser Gewißheit hervor, daß die letztwillige

---

*) vergl. Pufendorf, Observ. jur. univ. Tom. III. Observ. 155, Juristische Zeitung für Hannover, Jahrgang 10, Heft 2, Seuffert, Archiv V. S. 248.

Verfügung, auf welche die Beklagten ihre Erbansprüche stützen, von dem wailand C. A. v. W. persönlich am 5. October 1850 zum Zwecke der Solemnisirung dem damaligen Stadtrichter B. übergeben worden ist. Die Kläger suchen freilich die Beweiskraft des diese Thatsache bekundenden Protocolles vom 5. Oct. 1850 — [19] der jungirten Hannöverschen Stadtgerichtsacten — so wie des mit demselben correspondirenden Couvertes — [22] act. cit. — dadurch zu verdächtigen, daß sie diese Urkunden als erst in späterer Zeit von B. verfaßt darstellen, indem sie aus der in den Gründen des vorigen Urtheils S. 70—77 zusammengestellten Correspondenz des Testators mit dem Geheimen Kriegsrath W. Wahrscheinlichkeitsgründe dafür entnehmen, daß B. das ursprüngliche Depositionsprotocoll und den erwähnten ursprünglichen Umschlag durch die beiden jetzt vorliegenden Urkunden ersetzt habe, um dem Wunsche des Testators gemäß dessen Personalbezeichnung zu verändern. Allein das Fehlen des bei der Testamentsübergabe niedergeschriebenen Protocolls ist hier ohne alle Wichtigkeit, da nach den von den Klägern selbst angeführten Umständen der Unterschied der zur Frage stehenden ursprünglichen und späteren Urkunden nur in der Personalbezeichnung des Testators zu finden sein würde, mithin schon hienach zweifellos wird, daß und wie C. A. v. W. persönlich sein Testament am 5. October 1850 dem Stadtgerichte zu Hannover zur Verwahrung übergeben hat. Es muß aber auch bei dem Decrete [11] act. cit., welches der eigenen Darstellung der Kläger zufolge in späterer Zeit höchstens hinsichtlich der Personalbezeichnung eine Correctur empfangen haben kann, und in Grundlage dessen der sub Nr. 36 befindliche, mit dem Gerichtssiegel versehene, Depositenschein ausgefertigt worden, ein gerichtliches Protocoll vorgelegen haben, wonach der Testator selber seinen letzten Willen am 5. October 1850 in Hannover vor einer Commission des Stadtgerichts niedergelegt hat, weil das Attest gerade ihn als Deponenten nennt, ohne einer Stellvertretung zu gedenken, und so bestätigt dieses Attest den in dem Protocolle [19] bezeugten Act. Ferner erstreckt sich die von den Klägern aufgestellte Behauptung der Unechtheit nicht

auf das in [21] **act. cit.** enthaltene Privatdocument, welches die Notiz enthält: **Praes. Hann. d. 5. Oct. 1850 Begl. B.....** Da kein anderes am 5. October 1850 vom Erblasser deponirtes Testament im Depositum des Stadtgerichts ist, und das mit jener Notiz versehene und publicirte aus dem Depositenschranke entnommen ist, so können gegründete Zweifel dagegen, daß das Attest gerade dieses Testament vor Augen gehabt hat, gar nicht entstehen.

Die Resultate des Vorstehenden werden auch in Anwendung auf das Königreich Hannover nicht durch die Verordnung vom 22. Mai 1750 alterirt, welche nach den zutreffenden Ausführungen in den Rationen des vorigen Urtheils S. 92 ff. nur reglementäre Bestimmungen enthält. Es liegt demnach, auch wenn die von den Klägern hinsichtlich ihrer Echtheit angefochtenen Urkunden außer Berücksichtigung bleiben, ein actenmäßiger Beweis über die vom Testator persönlich geschehene Oblation des streitigen Testamentes vor. Für die Frage nach der Gültigkeit der ursprünglichen Errichtung des Testamentes erscheint daher die Behauptung der Kläger über den angeblich späteren Ursprung der Urkunden in [19] und [22] **act. cit.** als indifferent und bedurften die Beklagten gar nicht einmal der Berufung auf ein früher vorhanden gewesenes echtes Uebergabeprotocoll. Der Versuch der Kläger, den Mangel der Unterschrift des Testators unter dem vorliegenden Depositionsprotocoll als einen wesentlichen darzustellen, beruht auf der irrigen Ansicht von der Nothwendigkeit des Protocolles selbst und steht überdies mit dem Attest vom 2. December 1852 — Anlage **Q. ad** [117] **x.** in Widerspruch. Auch haben sich die Kläger ohne Grund darüber beschwert, daß der Einwand, welcher von ihnen aus dem angeblichen Mangel eines dem Stadtrichter B. ertheilten Commissorii entlehnt worden ist, in dem vorigen Erkenntnisse keine Berücksichtigung gefunden hat. B. erwähnt nämlich nicht allein in den — allerdings rücksichtlich ihrer Echtheit angefochtenen — Urkunden — [19] und [22] **act. junct.** — der Vornahme der Testamentsdeposition vor einer Commission des Stadtgerichts, sowie der im Auftrage des Directorii erfolgten Ansetzung der

Tagefahrt, sondern es wird auch in dem vom Collegio signirten Originaldecret — [11] **act. cit.** der Niederlegung des letzten Willens vor einer Commission des Stadtgerichtes gedacht. Desgleichen bezeugt das bereits öfter angeführte Attest des Königlich Hannoverschen Amtsgerichtes der Residenzstadt vom 2. December 1852 **sub 1**, daß B. den Act der Entgegennahme des Testamentes in der Eigenschaft als **Deputatus** des Gerichtes vorgenommen habe, indem es **sub 3** hinzufügt, daß nach der dortigen Gerichtsverfassung die Entgegennahme eines Testamentes durch ein auch auf die Protocollführung beeidigtes Mitglied des Gerichts ohne Zuziehung anderer Mitglieder oder eines besonderen Protocollführers rechtsbeständig sei. Durch alles Angeführte wird — zumal im Zusammenhang mit der Präsumtion für die Legalität gerichtlicher Handlungen — die Rechtsgültigkeit des von B. als Deputatus oder Commissarius des Stadtgerichts vollzogenen Actes der Testamentsaufnahme außer Zweifel gestellt und genügt es zur Anfechtung desselben nicht, daß die Kläger die Ertheilung eines Commissorii an den Stadtrichter B. einfach in Abrede stellen; vielmehr hätte es ihnen obgelegen, ihr bezügliches Vorbringen durch specielleres Eingehen in die Verfassung des früheren Stadtgerichtes Hannover weiter rücksichtlich der Frage zu ergänzen, ob das Princip der Collegialität daselbst in der Strenge gegolten habe, daß die Befugniß zur alleinigen Abhaltung eines Testamentstermines nur durch einen Beschluß des Collegii auf das einzelne Mitglied habe übertragen werden können, oder ob ein Jeder schon in Folge seiner Anstellung als Mitglied des Stadtgerichtes die rechtliche Fähigkeit hierzu erhalten habe, die Beauftragung des Einzelnen mit der Entgegennahme eines Testamentes folglich nur die Bedeutung einer directorialen Geschäftseintheilung gehabt habe. Unter der letzteren Voraussetzung würde aus dem Mangel eines Commissorii keinen Falls die Nichtigkeit des fraglichen Actes zu entnehmen sein, und eignet sich eben deswegen das in der hervorgehobenen Beziehung mangelhafte Vorbringen der Kläger auch nicht zur Freilassung eines von ihnen zu erbringenden Beweises. — Auf den nach dem Attest vom

2. December 1852 sub 1, in fin., offenbar unhaltbaren Anfechtungsgrund, daß das Testament nicht am erforderlichen Orte aufgenommen sei, sind die Kläger in der gegenwärtigen Instanz nicht zurückgekommen.

9. Bei der Frage über den nachtheiligen Einfluß, welchen die später von dem Stadtrichter B. auf Wunsch des Testators vorgenommenen Acte nach der Ansicht der Kläger auf die Rechtsbeständigkeit des Testamentes geübt haben sollen, ist vor Allem festzuhalten, daß der Testator bei der Abfassung des S. 72—75 der vorigen Rationen ausführlich mitgetheilten Briefes ganz entschieden nicht einen Widerruf oder eine Aufhebung des Testamentes beabsichtigt, sondern lediglich eine Veränderung seiner Personalbezeichnung in den auf das Testament bezüglichen gerichtlichen Documenten bezielt hat, damit nicht aus den in denselben gebrauchten Ausdrücken die Anwendlichkeit des Mecklenburgischen oder Lübischen Rechtes auf seine Hinterlassenschaft und damit eine Verpflichtung zu der Mecklenburgischen oder Lübischen Collateralerbsteuer hergeleitet werde. In ganz eigenthümlichen Irrgängen bewegen sich die Kläger, wenn dieselben mittelbar einen auf Aufhebung des Testamentes gerichteten Willen des C. A. v. W. daraus herleiten wollen, daß sie die Beseitigung der Anwendlichkeit des Lübischen Rechtes und damit die Umgestaltung des Errichtungsactes vom 5. Oct. 1850 an einer „als wesentlich erkannten Stelle" als das von ihm unmittelbar Intendirte hinstellen und von dieser Grundlage aus nachzuweisen suchen, daß das Rechtsgeschäft vom 5. October 1850 vom Testator hinterher auf den Zustand der Imperfection zurückgeführt sei. Die Kläger übersehen bei dieser Deduction, daß die Frage über die Anwendlichkeit des Lübischen, Mecklenburgischen oder Hannöverschen Rechtes vom Willen des Testators ganz unabhängig war, und nicht das geringste Indicium darauf hindeutet, daß derselbe von einer entgegengesetzten unrichtigen Ansicht aus mittelst einer weiteren Willensdisposition die Wirkungen seines Testamentes umzugestalten beabsichtigt habe. Was er wollte, bestand lediglich in der Berichtigung der ihn betreffenden Personalnotiz, und mittelbar in der durch die-

ſelbe zu bewirkenden Aufklärung ſeines perſönlichen Angehörigkeitsverhältniſſes, deſſen Beurtheilung in dem von ihm für richtig gehaltenen Sinne er wegen des Einfluſſes auf die Frage über das anzuwendende Ortsrecht ſicher ſtellen wollte. Der Verſuch, dem Teſtator auf indirectem Wege die Abſicht der Aufhebung oder Umgeſtaltung des am 5. October 1850 errichteten Teſtamentes zu obtrudiren, entbehrt daher jeglichen Haltes. Eben ſo wenig iſt eine nach dem Obigen für den Rechtsbeſtand des Teſtamentes erforderliche Solennität vernichtet worden, wenn auch ſupponirt wird, daß B. alles Dasjenige, was die Kläger behaupten, ausgeführt, daß er mithin das urſprüngliche Depoſitionsprotocoll und das urſprüngliche — mit gerichtlichen Siegeln und einer gerichtlichen Aufſchrift verſehene — Couvert durch entſprechende neue Documente erſetzt habe, und bedarf es kaum einer Bemerkung darüber, daß der Kreis der nothwendigen Solennitäten nicht als durch den Willen des Teſtators erweitert angeſehen werden darf, wenn derſelbe bei der Errichtung des Teſtamentes über die für deſſen Rechtsbeſtand durchaus unvermeidlichen Formen in der Anwendung von Cautelen hinausgegangen iſt. Ferner wird die fides, welche dem Richter in Bezug auf die Aufbewahrung der ihm anvertraueten Teſtamentsurkunde zukommt, dadurch nicht alterirt, daß er eine — immerhin ordnungswidrige — Veränderung des der Urkunde von ihm ſelbſt gegebenen Umſchlages vorgenommen haben mag, und iſt es ganz verfehlt, wenn die Kläger die zu einer ſolchen Veränderung des Umſchlages erforderlichen Manipulationen einer Exdepoſition gleichſtellen wollen. Als eine fortdauernd und mit unverſehrtem Privatumſchlage des Deponenten im gerichtlichen Gewahrſame gebliebene Urkunde iſt das Teſtament ohne das Erforderniß des Beweiſes als echt anzuerkennen. Von der Freilaſſung eines Beweiſes des Gegentheils kann aber ſchon deshalb nicht die Rede ſein, weil von den Klägern die Behauptung der Unterſchiebung eines falſchen Teſtamentes gar nicht aufgeſtellt worden iſt.

10. Die Einwendungen, welche die Kläger gegen die Gültigkeit des Teſtamentes aus dem Lübiſchen Rechte entnommen

haben, erledigen sich schon dadurch, daß nach allem von denselben Vorgebrachten mit dem vorigen Erkenntniß angenommen werden muß, daß der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung sein Domicil nicht in Lübeck genommen und nicht aufgehört hatte, ein Mecklenburger zu sein. Er war Mecklenburgischer Gutsbesitzer, verkaufte sein Gut und ließ sich in Güstrow unter Ankauf eines Hauses nieder. Nachdem er letzteres verkauft, begab er sich auf Reisen mit einem vom Ministerio des Innern ihm am 6. Juni 1850 ertheilten und auf ein Jahr gültigen Reisepasse, worin er sich als zu Güstrow wohnhaft bezeichnen ließ. Der Paß ist noch am 17. September 1850 zu Saarbrücken vorgezeigt worden. Am 16. September 1850 war der Testator in Lübeck und schloß den sub 9 ad [117] t. prim. anliegenden Miethscontract mit dem Besitzer eines dortigen Gasthauses ab, gelegentlich und wiederholt äußernd, er werde wahrscheinlich ganz dort bleiben. Eben diese Aeußerungen und das Verbleiben im Gasthofe zeigen nun klar, daß er damals noch kein festes Domicil in Lübeck genommen hatte. Wenn er später vom 1. März 1851 bis zum 30. September 1851 dort ein Privatlogis nahm, so kann daraus gar nichts für die im vorliegenden Fall allein entscheidende Zeit des 5. October 1850 abgeleitet werden. Mag der Testator immerhin bei seinem Hingange nach Lübeck und während der ersten Zeit seines dortigen Aufenthaltes daran gedacht haben, daß er sich einmal für das Nehmen eines festen Wohnsitzes an jenem Orte entscheiden werde, so schwankte er doch im October 1850 sichtlich noch und die über den Depositenschein gepflogene Correspondenz beweis't, daß er sich keinen Falles schon in der fraglichen Beziehung für Lübeck entschieden hatte. Die bloße Möglichkeit, daß derselbe dennoch einen entgegengesetzten Willen gehabt habe, verdient keine Berücksichtigung und eignet sich auch nicht zu einer Beweisauflage, indem für eine solche vielmehr nur bestimmte von den Klägern anzuführende Thatsachen eine ausreichende Grundlage darbieten würden. Die von den Klägern aus dem Lübischen Rechte entnommenen Gründe für die Ungültigkeit des Testamentes sind übrigens auch unter der

Voraussetzung unhaltbar, daß der Testator im Widerspruch mit den Resultaten des Vorstehenden zur Zeit der Testamentserrichtung sein Domicil in Lübeck gehabt haben sollte. Die Bestimmung des Lübischen Rechtes **Lib. II. Tit. I. Art. XVI.** setzt offenbar voraus, daß Jemand als Lübecker Bürger (oder Lübecker Stadtbehöriger) gestorben ist und enthält eine auf diesen Fall bezügliche Instruction des Lübischen Richters über die Anwendung eines fremden Ortsrechtes, woran Mecklenburgische Gerichte bei der Beurtheilung eines in den hiesigen Landen eingetretenen Erbfalles nicht gebunden sein können. Es fragt sich hienach weiter, ob der **Art. XII. Lib. II. Tit. 1** des Lübischen Rechtes auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist, obwohl der Testator zur Zeit seines Todes sein Domicil in Mecklenburg gehabt hat? Ueberwiegende Gründe sprechen für die Verneinung. Wenn die in dem **Art. XII. cit.** vorgeschriebene **institutio heredis** zwar „als ein inneres **solenne**" des Testamentes angesehen werden muß,

vergl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, Thl. 3, S. 260 ff.

so handelt es sich dabei doch ausschließlich um den Inhalt des Testamentes, für dessen Gültigkeit die in dem Gesetze näher bezeichnete Honorirung der nächsten Erben als wesentliche Bedingung gefordert wird. Nachdem allgemein anerkannt worden ist, daß der Inhalt eines Testamentes nach den Gesetzen des Wohnortes des Testators zu beurtheilen ist,

vergl. Wächter im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 25, S. 189 ff., besonders 193, 194,

scheint nun in der neueren Theorie volle Uebereinstimmung darüber zu herrschen, daß das Recht des letzten Wohnortes das maßgebende ist.

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 35 not. g.
Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. 35, S. 36.
Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 1, S. 75, §. 7, not. 46.
Foelix, Traité du droit international privé, pag. 156 f.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, S. 312 f., vergl. mit S. 447 ff.,

und zwar liegt der entscheidende Grund hiefür in der Erwägung, daß die rechtliche Wirksamkeit der in dem Testamente ausgesprochenen Disposition erst mit dem Momente des Todes eintritt, weswegen auch v. Savigny das unveränderte Hinterlassen eines früher errichteten Testamentes im Augenblicke des Todes treffend als die juristische Thätigkeit des Testators im Gegensatz zu der in früherer Zeit erfolgten factischen Errichtung des letzten Willens bezeichnet. Die zweifelloseste Consequenz des dargelegten Grundsatzes ist die Ungültigkeit des Testamentes, dessen Inhalt zwar mit dem Recht des Ortes, an welchem der Testator zur Zeit der Errichtung domicilirt war, in Einklang steht, dagegen von dem Rechte des letzten Domicils für unwirksam erklärt wird. Mit gleicher Nothwendigkeit muß aber umgekehrt auch die Gültigkeit des Testaments anerkannt werden, welches wegen seines Inhaltes nach dem Rechte des früheren Domicils nichtig sein würde, falls nur nicht ein gleicher Mangel nach dem Rechte des letzten Domicils vorliegt. Der Einwand, daß ein Anfangs nichtiges Testament nicht im Laufe der Zeit durch den Wechsel des Domicils allein gültig werden könne, beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, daß schon zur Zeit der Testamentserrichtung von der Anwendung eines bestimmten Ortsrechts auf den Inhalt des Testaments die Rede sein könne, während darüber gerade erst die Zeit des Todes entscheidet; auch leuchtet die practische Nothwendigkeit des Resultates von selbst ein, daß sich der Mecklenburgische Richter nicht für befugt halten kann, ein Testament, welches hier im Lande seine Wirksamkeit üben soll, wegen der Auslassung einer nach dem einheimischen Rechte ganz bedeutungslosen Clausel für ungültig zu erklären.

11. Aus den in der vorstehenden ratio entwickelten Grundsätzen ergiebt sich zugleich die Unhaltbarkeit des Einwandes, welchen die Kläger aus dem Lübischen Rechte gegen die Gültigkeit der von dem Testator über sein Erbgut getroffenen

Verfügungen erhoben haben. Lassen sich zwar die Normen des Lübischen Rechtes, nach welchen letztwillige Dispositionen über Erbgut unstatthaft sind, als „Beschränkungen der Testamentifaction“ im weiteren Sinne des Wortes auffassen, so würde es doch unrichtig sein, wenn man den Grund dieser Beschränkung in einem Mangel der Rechtsfähigkeit der Lübischen Testatoren suchen wollte. Historisch steht es zweifellos fest, daß das Lübische Recht nur deswegen letztwillige Verfügungen über unbewegliches Erbgut ausschloß, weil es überhaupt nicht gestattete, daß dies Gut den nächsten Erben (abgesehen vom Fall der echten Noth) ohne deren Einwilligung durch einseitige Dispositionen des Eigenthümers (sei es unter Lebenden oder von Todeswegen) entzogen werde.

Pauli a. a. O. Thl. 1, besonders §. 7, 14, 16 ff.

Wenn nach einer im Laufe der Zeiten ausgebildeten Lübischen Praxis den Erben gegenwärtig nicht mehr rücksichtlich ererbter Immobilien ein Widerspruchsrecht bei Verfügungen unter Lebenden eingeräumt, statt dessen aber darauf gesehen wird, daß der Erblasser den Werth seines ganzen ererbten Vermögens ungeschmälert beim Erbgange lasse,

Pauli a. a. O. Th. 1, §. 24,

so hat diese Rechtsänderung nur die Rechte der nächsten Erben an dem Erbgut modificirt, keineswegs aber ist durch dieselbe die Unstatthaftigkeit letztwilliger Verfügungen über Erbgut aus einer Beschränkung der dem Eigenthümer an diesem Vermögen zustehenden Rechte in eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit desselben verwandelt worden. Erkennen nun die Gesetze des letzten Domicils die in Frage stehenden Rechte der nächsten Erben nicht an, so müssen selbstverständlich die Wirkungen des an sich gültigen Testamentes über den ganzen Nachlaß erstreckt werden, und kann von denselben um so weniger ein Vermögenstheil ausgenommen werden, da die Regel des hier zur Anwendung kommenden gemeinen Rechts eine theilweise Concurrenz der Intestatsuccession mit der testamentarischen Erbfolge als unstatthaft verwirft.

12. Den letzten Grund zur Anfechtung des Testamentes finden die Kläger in dem angeblichen Mangel einer Erbeseinsetzung, indem sie die vom Erblasser am Schluß des Testamentes ausgesprochene Ernennung des Georg Ludwig von W. auf Sch., des Oberappellationsraths W. zu C. und des Geheimen Kriegsrathes W. in H. zu seinen fideicommissarischen Erben nicht als eine directe **heredis institutio** gelten lassen wollen. — Allein wenn der gewählte Ausdruck: „fideicommissarische Erben" auch den technischen Gegensatz zum **heres fiduciarius** bildet, so wird doch in Mecklenburg der fragliche Ausdruck ganz gewöhnlich zur Bezeichnung eines Fiduciarerben gebraucht, vgl. §. 17 der Collateralsteuer-Ordnung vom 12. Februar 1835. Daß der Testator auch im vorliegenden Falle die Einsetzung der bezeichneten Personen zu seinen fideicommissarischen Erben in eben diesem Sinne vorgenommen hat, wird aus dem im Testamente unmittelbar folgenden Zusatze: „nach Majorats-Grundsätzen und nach der in meiner Fideicommißstiftung näher bezeichneten Weise" ganz klar. Sie sollten nämlich gleich als erste Successoren des Testators auf den Nießbrauch des Vermögens und resp. auf eine Rente aus demselben beschränkt sein, während die Substanz selbst als unveräußerliches Fideicommiß nach Majorats-Grundsätzen weiter vererbt werden sollte. Es bedarf nun darüber keiner besonderen Ausführung, daß diese Beschränkung der materiellen Rechte der Erben der Rechtsgültigkeit ihrer Einsetzung keinen Eintrag thut, und ist jedenfalls gegen die Deductionen der Kläger entscheidend, daß es in dem offenbarsten Widerspruch mit den Intentionen des Erblassers steht, anzunehmen, daß das Vermögen erst auf die Intestaterben und sodann von diesen als Fiduciaren auf die im Testament ernannten fideicommissarischen Erben habe übertragen werden sollen. Eben weil er es nicht bei der Intestaterbfolge belassen wollte, errichtete er das Testament, dessen Aufrechterhaltung als Codicill und folglich die Verwandlung der Erbeseinsetzung in ein Universalfideicommiß zu Lasten der Intestaterben er nur für den Fall anordnete, daß sein letzter

Wille als Testament nicht rechtsgültig sein sollte. Auch ist mit Recht schon in den Gründen des vorigen Erkenntnisses darauf hingewiesen worden, daß die der Substitution des R. W. hinzugefügte Bedingung, „daß die fideicommissarische Stiftung nicht ausgeführt werden könnte oder würde," deutlich genug die drei zuerst Instituirten als diejenigen unmittelbaren Repräsentanten bezeichnet, von denen der Erblasser die Ausführung erwartete. Nun kann zwar als richtig zugegeben werden, daß der Testator bei der Erstreckung der Erbeseinsetzung auf die Nachfolger der erstgenannten drei Personen nicht allein an eine directe, sondern auch an eine fideicommissarische Substitution gedacht haben mag; allein daraus folgt nicht das Mindeste für die Ansicht, daß der Uebergang des Vermögens auf die zuerst eingesetzten Erben nach dem Willen des Testators durch die Personen der Intestaterben habe vermittelt werden sollen. Die Kläger treten demnach durch das einseitige Urgiren des im Testamente gewählten Ausdruckes „fideicommissarische Erben" in klaren Widerspruch mit dem Sinn desselben und mit der Meinung des Testators, obwohl das Rostocker Stadtrecht Th. 2 Tit. 1 Art. 28 ausdrücklich hervorhebt, daß vorzugsweise auf die beiden letzteren Momente gesehen werden soll.

13. Die dargelegte Unhaltbarkeit des gesammten Vorbringens der Kläger hat die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses und die Verurtheilung derselben in die Kosten der gegenwärtigen Instanz — — — zur nothwendigen Folge.

53.

Zur Lehre von gerichtlichen Testamenten.

1. Jede Obrigkeit, welche Civilgerichtsbarkeit hat, ist ohne Rücksicht auf persönliche Beschränkungen der Jurisdiction competent, Testamente von Jedermann entgegenzunehmen. Dies ist nach dem Militairgesetzbuch vom 10. November 1810 art. 190, 197, 202—204, auch bei den Commandanturgerichten der Fall. a)

2. Nach heutigem Rechte genügt die bloße rechtsbeständige Theilnahme des Richters an der Errichtung eines gerichtlichen Testaments nicht zur Gültigkeit desselben, sondern wird eben so sehr die rechtsbeständige Zuziehung des Actuars erfordert. b) Bei Großherzoglichen Amtsgerichten kommt es nur auf die Gegenwart des Richters und Actuars an c); dagegen bedarf es zur Gültigkeit der bei Patrimonialgerichten errichteten Testamente außerdem nach Maßgabe des §. 19 der Patrimonialgerichts-Ordnung vom 21. Juli 1821 noch eines beeidigten Beisitzers d).

3. Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche keine causae cognitio erfordern, kann der Richter in seiner obrigkeitlichen Eigenschaft auch in Bezug auf seine nächsten Angehörigen gültig vollziehen

l. 1 de offic. Praet. (1, 14)
l. 4 de adopt. (1, 7)
Malblanc, Conspectus rei judiciar. §. 86.

Demgemäß ist ein gegründetes Bedenken gegen die Gültigkeit eines gerichtlichen Testamentes nicht daraus zu entnehmen, daß bei der Deposition desselben der Bruder des Testators in seiner amtlichen Eigenschaft das — vom Actuar beglaubigte — Protocoll dirigirt hat e).

---

a) Erkenntniß vom 9. Mai 1836. So. 422/1838.
b) Bescheid vom 24. Juli 1837. Me. 274/1837.
c) Bescheid vom 1. April 1841. Se. 668/1840.
d) Bescheid vom 24. Sept. 1857. Lu. 466/1856.
e) Bescheid vom 3. April 1856. Ea. 169/1856.

4. Der Umstand, daß dem — bei der Entgegennahme fungirenden — Richter ein Legat ausgesetzt worden ist, vernichtet das gerichtliche Testament nicht, zumal die Fides des gerichtlichen Depositionsprotocolles — besonders nach der vom Testator persönlich geschehenen Depositionserklärung und nach Versiegelung des Testamentes — mit dem Interesse des Legatars wohl bestehen kann. f)

5. Der Gültigkeit des demnächst von dem Erblasser persönlich bei Gericht niedergelegten Testaments steht es nicht entgegen, daß der Richter dasselbe concipirt hat. Eine sachwalterische Thätigkeit liegt darin nicht, daß Jemand den letzten Willen eines Anderen nach dessen Angaben aufzeichnet, da der Testator als solcher eine Parteistellung überall nicht einnimmt, und es fehlt auch sonst an gesetzlichen Bestimmungen und sachlichen Gründen, welche den Concipienten des Testaments verhindern, die privatim von ihm aufgesetzte Urkunde von dem Testator mit der Erklärung, daß darin sein letzter Wille enthalten sei, als Richter entgegenzunehmen. Darauf beschränkt sich dieser einfache Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welchem mithin nichts vorkommt, was ein selbständiges Urtheil über den Inhalt der überreichten Urkunde erforderte. Daß der Richter in dem Testamente zu dessen Vollstrecker ernannt worden ist, kommt erst nach der Uebernahme jenes Amtes, also jedenfalls erst nach der Publication des Testamentes in Betracht! g)

6. Sollte auch der bei der Errichtung des gerichtlichen Testamentes adhibirte Actuar dem Testirer vorher im Auftrag des eingesetzten Erben zugeredet haben, ein Testament zu Gunsten des Letzteren zu errichten, so könnte daraus allein kein begründeter Verdacht einer Verletzung seiner Amtspflicht bei der Errichtung des Testaments selbst abgeleitet werden, da derselbe, obgleich wesentlich zur Beglaubigung der gerichtlichen Handlungen bestimmt, doch als beschworener Staatsdiener nicht nach der Analogie eines bloßen Zeugen beurtheilt werden kann. Eben

f) Erkenntniß vom 9. Mai 1836. So. $422/_{1833}$.
g) Bescheid vom 24. Sept. 1857. Lu. $466/_{1856}$.

so unzutreffend ist die Vergleichung mit dem Richter, welcher früher Rath in der Sache ertheilt, oder als Sachwalt in ihr gearbeitet hat, indem diese Theilnahme an derselben die Beurtheilung desselben befangen machen kann, worauf es hier nicht ankommt. Wollte man aber den Actuar auch nach der Analogie des Zeugen beurtheilen, so würde er, durch das an den Tag gelegte Interesse an dem eingesetzten Erben doch nur einigermaßen verdächtig, nicht inhabil geworden, jene Verdächtigkeit aber wieder dadurch gehoben worden sein, daß der Testator seinen letzten Willen in Gegenwart des Richters, mündlich zu Protocoll gegeben, und daß auch jener die Uebereinstimmung dieses demnächst verlesenen und vom Testirer selbst unterschriebenen Testaments mit dessen mündlicher Erklärung ebenfalls durch seine Namensunterschrift unter dem Protocolle, neben dem Actuar beglaubigt hat. h)

54.

Beitrag zur Lehre von den wechselseitigen Testamenten und von den Privatcodicillen schreibensunfähiger Personen. Ku. 1034/1857.

Die K.'schen Eheleute zu Rostock hatten in einem gemeinschaftlichen Testamente vom Jahre 1842 sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und gleichzeitig in einer besonderen Urkunde für den Todesfall des Längstlebenden letztwillige Verfügung getroffen. In diesem Testamentsanhange waren die nächsten Verwandten des Mannes zur einen, die der Frau zur andern Hälfte instituirt und außerdem verschiedene Vermächtnisse angeordnet; unter Anderen war auch die damals noch ledige L. später verehelichte Sch., mit der Summe von 3000 Thlr. N²/₃ bedacht worden. Zu diesen Dispositionen machte die Wittwe K., nachdem ihr Mann 1848 gestorben war, und sie dessen Erb-

---

h) Bescheid vom 24. Juli 1837. Mc. 274/1837.

schaft aus dem gemeinschaftlichen Testamente angetreten hatte, im Jahre 1850 noch einen Nachtrag, in welchem sie der gedachten Legatarin noch weitere 1000 Thlr. Courant aussetzte und daneben bestimmte, daß die Nachlaßsteuer von allen Vermächtnissen nicht den Legataren zur Last fallen, sondern von den Erben entrichtet werden solle. Endlich hatte sie noch im Jahre 1853 das eben erwähnte Legat von 1000 Thlr. in einem Codicille widerrufen. Diese Urkunde, welche sie wegen der Augenschwäche, an der sie damals litt, weder geschrieben noch unterschrieben hatte, war von ihr den zu diesem Zwecke besonders erbetenen fünf Zeugen in Gegenwart eines Notars, mit der Bemerkung, daß der Inhalt mit ihrem Willen übereinstimme, vorgelegt und sodann zuerst in ihrem Namen von einem hierzu beauftragten Stellvertreter, hierauf von sämmtlichen Zeugen unterschrieben worden.

Nach dem Tode der Wittwe K. zahlten deren Erben an die Sch. das Vermächtniß der 3000 Thlr. nur unter Abzug der Nachlaßsteuer und verweigerten die Entrichtung der weiter vermachten 1000 Thlr. gänzlich. Die deshalb wider sie erhobene Klage führte zu ihrer Verurtheilung in Betreff des abgezogenen Steuerbetrages, wurde aber rücksichtlich des zweiten Legats abgewiesen. Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung des Rostocker Obergerichts am 25. Nov. 1857.

Gründe:

1. — — — — — — — — — — —

2. Die Klägerin findet sich durch das angefochtene Urtheil in so fern beschwert, als ihr das Legat von 1000 Thlr. Cour., welches die Wittwe K. in dem am 13. September 1850 errichteten codicillarischen Nachtrage zu dem wechselseitigen Testamente der K.'schen Eheleute ihr ausgesetzt hatte, unter Compensation der Kosten aberkannt ist, während die Beschwerden der Beklagten sich nach der in der Rechtfertigungsschrift abgegebenen Erklärung nunmehr darauf beschränken, daß sie die, 7% betragende Erbsteuer von denjenigen 3000 Thlr. N²/₃, welche die K.'schen Eheleute in der Anlage zu ihrem ebenerwähnten Testamente vom 17. März 1842 der Klägerin ausgesetzt haben, tragen,

und nicht vielmehr berechtigt sein sollen, diese von ihnen durch den Testamentsexecutor zu entrichtende Steuer von dem noch unabgetragenen Reste der 3000 Thlr. in Abzug zu bringen. Zwar ist ihnen solcher Abzug in dem Testamentsnachtrage ausdrücklich untersagt worden; sie sind aber der Meinung, daß dieses Verbot für sie nicht bindend sei, und mithin die gesetzliche Vorschrift, wonach jeder Vermächtnißnehmer den ihn treffenden Antheil an der Nachlaßsteuer selbst zu übernehmen hat, zur Geltung komme, da die Erblasserin nach Annahme der Erbschaft ihres vorverstorbenen Ehemannes, bei der Correspectivität des vorhandenen Testaments und in Gemäßheit des hiesigen Stadtrechts Art. 19 Thl. II. Tit. 1 zu weiteren letztwilligen Dispositionen überall nicht befugt gewesen sei.

3. Die Beklagten stützen sich hier auf einen Rechtssatz, der, seit er von

Böhmer, consultat. et decis., tom. II., resp. 688, und
Hommel, rhaps. quaest. I., observ. 166,

aufgestellt, neuerdings aber gegen

Hasse (Rhein. Museum, III., S. 500 ff.)
von Mühlenbruch (Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar Bd. 38 S. 238 ff.)

vertheidigt worden ist, fast allgemeine Anerkennung in Theorie und Praxis gefunden hat, und durch das hiesige Stadtrecht loc. cit. unzweideutig bestätigt wird. Nach dieser statutarischen Bestimmung unterliegen die wechselseitigen Testamente der Ehegatten zwar im Gegensatze zu den eigentlichen Erbverträgen, welche nach Art. 3 desselben Titels nur durch übereinstimmenden Willen beider Contrahenten rückgängig gemacht werden können, dem einseitigen Widerrufe, allein eine gültige Revocation kann doch nur mit Vorwissen des anderen Theiles geschehen, so daß nach dem Tode des Erststerbenden der Ueberlebende durch den Antritt der Erbschaft desselben sein eigenes Testament jedenfalls unwiderruflich macht. Hiemit ist indessen nicht jede nachträgliche Verfügung des Ueberlebenden unbedingt ausgeschlossen. Die Correspectivität wechselseitiger Testamente, welche zugleich gemeinschaftliche Dispositionen für den Todesfall

des superstes enthalten, beruht eben nur auf der Annahme, jeder Testator habe bei seinem letzten Willen auf den des anderen gerechnet, und den seinigen davon abhängig gemacht, daß der andere Bestand behalte und zur Ausführung gelange. Demnach heben solche einseitige Dispositionen, auf welche jene Annahme nicht paßt, das correspective Testament nicht auf, und sind daher auch dem Ueberlebenden, der durch den nicht wieder rückgängig zu machenden Antritt der Erbschaft an sein eigenes Testament sich gebunden hat, unverwehrt. In diese Kategorie sind unbedenklich solche Verfügungen zu stellen, welche, wie die vorliegende, den ganzen positiven Inhalt des Testamentes bestehen lassen, und lediglich als erläuternde oder ergänzende Zusätze erscheinen. Wie es mit Entrichtung der Erbsteuer gehalten werden sollte, war in dem gemeinschaftlichen Testamente der K.'schen Eheleute nicht gesagt; daß sie diesen Nebenpunkt absichtlich übergangen hätten, damit die einschlagende gesetzliche Vorschrift zur Anwendung komme, liegt nicht vor; daß sie aber vollends aus dieser Vorschrift einen integrirenden Theil ihres Testaments hätten machen, und die Correspectivität des letzteren darauf erstrecken wollen, ist schlechterdings nicht anzunehmen. Ohnehin liegt die Voraussetzung nahe genug, daß die Testatoren den mit bestimmten Summen bedachten Personen eben diese, und keine geringeren Summen haben zuwenden wollen, und es kommt daher, wenigstens rücksichtlich der hier in Rede stehenden Nebenbestimmungen, den Beklagten nicht zu, der im Eingange des Testamentsnachtrages von ihrer Erblasserin gegebenen Versicherung, daß sie dabei nicht nur die Bewilligung, sondern den ausdrücklichen Wunsch ihres verstorbenen Mannes für sich habe, zu mißtrauen.

4. Bedenklicher ist die Frage, ob die Wittwe K. berechtigt gewesen sei, entweder ohne Weiteres, oder auf Grund der oben angeführten, übrigens unbescheinigten Versicherung, oder endlich mit Rücksicht auf die nach dem Tode des Mannes durch ihre Sparsamkeit angeblich bewirkte Vermögensvermehrung, der Klägerin ein ganz neues Vermächtniß in dem nicht unerheblichen Betrage von 1000 Thlrn. Courant auszusetzen. Die

Beklagten haben diese Frage von ihrem rechtlichen Standpunkte aus natürlich verneint; die Klägerin bejaht dieselbe, indem sie mit Argumenten, die hauptsächlich der oben citirten Abhandlung von Hasse entnommen sind, zu deduciren sucht, das K'sche Testament sei zwar in Ansehung der wechselseitigen Erbeinsetzung rechtsbeständig, in den auf den Todesfall des Ueberlebenden getroffenen Verfügungen aber nichtig, so daß die letzteren nur Geltung erlangt hätten, weil und so weit die Wittwe in Folge ihrer, ganz unbeschränkt gebliebenen Testirfreiheit dieselben anerkannt habe. Ein näheres Eingehen auf die bei dieser Gelegenheit von den Parteien ausführlich erörterten Controversen ist unnöthig, da die Erblasserin der Beklagten das streitige Vermächtniß in dem Codicille vom 27. April 1853 ausdrücklich zurückgenommen hat. Die Klägerin hält diese Urkunde, deren Echtheit sie nicht in Zweifel zieht und bei welcher alle sonstigen Solennitäten der Privatcodicille beobachtet sind, freilich deshalb für unkräftig, weil die für die letztwilligen Dispositionen Blinder vorgeschriebene Verlesung des Inhalts in Gegenwart der Solennitätszeugen unterblieben ist. Die Beklagten bemerken dagegen indessen mit Recht, daß diese Cautel sowohl nach dem Wortlaute der Gesetze,

l. 8 C. qui testamenta facere possunt (6,22).
Notariats-Ordnung von 1512, Tit. II. §. 9,

wie auch nach der ratio legis nur dann als unerläßlich anzusehen sei, wenn der Disponent des Augenlichtes so gänzlich entbehrt, daß er zur Unterscheidung verschiedener Gegenstände unfähig und mithin der Gefahr der Unterschiebung einer falschen Urkunde ausgesetzt ist. In solcher Lage befand sich die Erblasserin der Beklagten zur Zeit der Errichtung des fraglichen Codicills keinesweges; sie litt nur an einer, das Schreiben verhindernden Augenschwäche, war aber, wie in dem, über den ganzen Act aufgenommenen Notariats-Documente bekundet wird, im Stande, die vor ihr liegende Urkunde zu sehen und den Anwesenden als diejenige zu zeigen, welche die von ihr zu treffende letztwillige Disposition enthalte. Unter diesen Umständen war die Verlesung nicht unbedingt nothwendig,

cfr. Thibaut, im Archiv für die civiliſtiſche Praxis, VI., pag. 226 ff.;

auch konnte die Unterſchrift der Disponentin durch einen, außer dem requirirten Notar und den erbetenen und erſchienenen fünf Zeugen zu dieſem Zwecke beſonders zugezogenen Stellvertreter gültig vollzogen werden, da die Geſetze nicht bloß den ſchreibensunkundigen Perſonen, ſondern auch denen, welche zur Zeit der Errichtung des letzten Willens irgend eines äußeren Hinderniſſes wegen zu ſchreiben außer Stande ſind, ſolche Stellvertretung geſtatten. Beide Fälle werden in der Notariats-Ordnung **loc. cit.** §. 7 nach dem Vorgange der **l. 21 pr. §. 1 C. de testamentis** (6, 23) ganz gleich behandelt, und mit den nach dem feſtſtehenden alten Sprachgebrauche ganz unzweideutigen Bezeichnungen des Nichtkönnens (**ignorare**), welches die fehlende Kenntniß, und des Nichtmögens (**non posse**), welches die fehlende Kraft, das Unvermögen, bedeutet, einander gegenübergeſtellt. Hienach bedarf die Aufſtellung der Beklagten, als ob bei Codicillen, auch wenn ſie von fremder Hand geſchrieben ſind, die Unterſchrift des Disponenten überall nicht erforderlich wäre, keiner weiteren Prüfung, und eben ſo wenig kann die von einigen Rechtslehrern, unter denen beſonders Fein in ſeiner Fortſetzung des Glück'ſchen Pandecten-Commentars Bd. 45 **pag.** 92 ff. zu nennen iſt, vertheidigte Anſicht für richtig gelten, als ob für die ſchriftlichen Privatcodicille ſchreibensunfähiger Perſonen die volle Teſtamentsform auch rückſichtlich der Zahl der zu adhibirenden Zeugen vorgeſchrieben wäre. Der von dem genannten Schriftſteller (a. a. O. Bd. 44 **pag.** 399) an die Spitze der ganzen Lehre geſtellte Satz, daß die Form der Codicille der Form der Teſtamente, abgeſehen von beſonders feſtgeſetzten Ausnahmen, ganz gleich ſei, iſt in dieſer Allgemeinheit nicht anzuerkennen. In einzelnen Puncten, z. B. in Betreff des Erforderniſſes der **signatio testium**, welche ohnehin im heutigen Rechte nicht mehr ihre Römiſche Bedeutung hat, iſt die herrſchende Anſicht und eine darauf gegründete feſte Praxis gegen die Gleichſtellung, und in Betreff der Zahl der Zeugen ſagt das Geſetz (**l. 8 §. 3 C. de codi-**

cillis (6, 36) ausdrücklich, daß bei jeder letzten Willensordnung, mit alleiniger Ausnahme der Testamente, deren fünf genügen sollen, so daß diese Zahl namentlich für alle Codicille als Regel festgehalten werden muß. Ob in dieser Hinsicht die Codicille blinder Personen von der Regel abweichen und 7 Zeugen erfordern, oder ob der darauf bezügliche Satz der l. 8 C. **qui testamenta facere possunt** (6, 22) mit den Worten: **in eundem modum**, nur andeutet, daß die Besonderheiten des Testamentes eines Blinden auf die Codicille eines solchen angewendet werden sollen, kann hier dahingestellt bleiben, da jedenfalls für die Codicille schreibensunfähiger Personen ein Gleiches nicht vorgeschrieben ist, und oben bereits sich ergeben hat, daß das, was für die letztwilligen Dispositionen Blinder gilt, nicht ohne Weiteres auf die Verfügungen Schreibensunfähiger bezogen werden darf.

Nach diesem Allen ist die vorliegende Urkunde als ein gültiges Privatcodicill anzusehen, und es braucht daher nicht erst gezeigt zu werden, daß dieselbe, wenn sie als Codicill nicht bestehen könnte, wenigstens die Statt gehabte Ademtion des Legats, welche formlos geschehen kann, vollständig beweisen würde.

55.

1. Unter welchen Voraussetzungen darf eine schriftlich verfaßte letztwillige Disposition als mündliches Testament aufrecht erhalten werden? — Heredis institutio ex re certa.

2. Beweis des mündlichen Testamentes. Me. 569/1855.

Als das Amtsgericht zu St. nach dem am 26. Juni 1852 erfolgten Tode des Büdners J. W. zu S. zur Inventarisirung und Sicherstellung des Nachlasses desselben schritt, producirte der Häusler K., als Vormund der Dorothea und Maria M.,

zwei Urkunden, auf deren Grund er für seine beiden Curandinnen die Ausantwortung der verzeichneten Inventariengegenstände und Capitalforderungen verlangte. Die erste dieser Urkunden — Anlage 4 ad [5] prim. inst. — war eine vom Verstorbenen ausgestellte und vom Vormund K. acceptirte Schenkungsurkunde vom 21. April 1852, in welcher Ersterer der Dorothea M. zur Belohnung für die ihm bereits geleisteten und noch zu leistenden Dienste sein sämmtliches Haus- und Wirthschafts-Inventarium und eine im Erbkruggehöfte zu S. hypothecirte Forderung von 150 Thlrn. Gold unter der Bedingung schenkte, daß sie bis an sein Lebensende treu bei ihm ausharren werde. Die zweite von sieben Zeugen und dem als Schriftführer bezeichneten achten Zeugen B. unterschriebene Urkunde vom 22. Juni 1852 — Anlage 5 ad [5] prim. inst. — enthält wörtlich folgende Erklärung der sieben Zeugen und des Schriftführers:

Der Büdner J. W. hieselbst hatte uns heute an sein Krankenbette rufen lassen, um Zeugen seiner letztwilligen Bestimmung und Anordnung zu sein und diesen seinen letzten Willen schriftlich abzufassen. Derselbe sprach und bestimmte nun in unserer Aller Gegenwart bei richtigem Verstande Folgendes: „Nachdem ich bereits früher über mein Vermögen und „meinen Nachlaß testamentarische Anordnungen getroffen habe, „so bestimme ich noch nachträglich als meinen unabänderlichen „letzten Willen: Daß die Marie M., Tochter des verstorbenen Tagelöhners M. hieselbst, gegen welche ich noch besondere Verbindlichkeiten habe, von dem bei dem Kaufmann „Cl. in St. stehenden Kapitale von 200 Thlrn. Gold, mit laufenden Zinsen von 1849 an, über welches Kapital bereits Klage „von mir erhoben und die betreffende Obligation sich in gerichtlichem Verwahrsam befindet — 150 Thlr. Gold erben solle „als ein besonderes Geschenk von mir. Der Rest des genannten „Kapitals aber mit den Zinsen soll der Dorothea M. hieselbst, „wie ich bereits unterm 21. April dieses Jahres bestimmt habe, „verbleiben."

Daß nun vorstehende Anordnung, Bestimmung und Schenkung von dem Büdner J. W. in unserer Gegenwart wirklich mündlich geschehen und getreu niedergeschrieben ist, auch das Niedergeschriebene dem ꝛc. W. in unserer Gegenwart vorgelesen und von demselben genehmigt worden ist, bezeugen wir durch unseres Namens Unterschrift und Behandzeichnung."

Das Amtsgericht St. faßte diese letztere Urkunde als die schriftliche Aufzeichnung eines mündlich errichteten Testamentes auf und ordnete demgemäß unterm 6. Juli 1852 eine Vernehmung der darunter aufgeführten Zeugen an. Diese erkannten bei ihrer Abhörung zum Protocoll vom 9. Juli 1852 — [7] **prim. inst.** — sämmtlich den Inhalt der Urkunde als richtig niedergeschrieben an. Ueber die Frage, ob der Testator ein schriftliches oder ein mündliches Testament zu errichten beabsichtigt habe, äußerten sich drei der Zeugen dahin, daß derselbe nach ihrer Ansicht ein schriftliches Testament habe errichten wollen, während die Uebrigen diese Frage mit Nichtwissen beantworteten. Alle waren aber darüber einverstanden, daß ihrer Ansicht nach es der entschiedene Wille des Erblassers gewesen sei, daß seine Intestaterben nichts von dem Nachlaß erhalten sollten, sondern dieser ausschließlich an die beiden Schwestern M. vererbt werde. In Folge der Ergebnisse dieser Zeugenvernehmungen beantragte der Häusler K., als Vormund der gedachten Geschwister, wiederholt die Ausantwortung des Nachlasses, eventualiter aber die erforderlichen Erbschaftsproclamata, indem er sich erbot, eidlich zu erhärten, daß ihm keine anderweitige oder jüngere letztwillige Disposition des W. bekannt sei. Da sich inzwischen auch schon Intestaterben gemeldet hatten, versuchte das Amtsgericht zunächst eine gütliche Vereinbarung der mit einander collidirenden Erbschaftsprätendenten, welche im Termin vom 20. December 1852 durch eine vergleichsmäßige Abfindung der aufgetretenen Intestaterben gelang. Weil aber bei den fraglichen Verhandlungen noch andere intestaterbberechtigte Blutsverwandte namhaft gemacht waren, wurden demnächst Erbschaftsproclamata erlassen, in Folge deren sich weitere Verwandte des Erblassers meldeten, welche (resp. ein

Cessionar derselben) unterm 14. Juli 1853 bei dem Amtsgerichte St. mit einer förmlichen Anfechtung des von den Geschwistern M. behaupteten testamentarischen Erbrechts hervortraten, und der Ausstellung des von dem Häusler K. für seine beiden Curandinnen erbetenen Erbenzeugnisses unter Geltendmachung ihres Intestaterbrechts widersprachen. Zur Begründung dieser Ansprüche führten sie aus, daß die zweite der obenerwähnten beiden Urkunden d. d. 22. Juni 1852, abgesehen von der im Eingange enthaltenen unrichtigen Verweisung auf eine frühere testamentarische Anordnung, schon um deswillen nicht als Testament gelten könne, weil darin keine gehörige Erbeseinsetzung, sondern nur die Verfügung über eine Obligation zu Gunsten der Geschwister M. enthalten sei. Daß die Urkunde als schriftliches Testament nicht gelten könne, sei beim Mangel aller hiefür erforderlichen Formen klar; damit dieselbe als mündliches Testament gelten könne, müsse zuvor die Absicht des Testators, ein solches zu errichten, constatirt sein. Die Aussagen der (nicht eidlich vernommenen) Zeugen widersprächen aber der Annahme einer solchen Absicht zum Theil geradezu und ließen dieselbe zum Theil völlig ungewiß. Der Vormund der Geschwister M. erwiderte — unter Anerkennung des von den Klägern geltend gemachten Intestaterbrechts — daß die Acte vom 22. Juni 1852 nichts sei als ein **testamentum nuncupativum in scripturam relatum**; der Testator habe in der That vor den eigens hiezu erbetenen acht Zeugen seinen letzten Willen erklärt und die beiden Schwestern M. als seine Erben bezeichnet. Erst hinterher sei das mündlich errichtete Testament von dem B. niedergeschrieben, ohne daß der Testator diesen oder einen andern Zeugen hiezu aufgefordert habe. Daß seine beiden Curandinnen nur auf bestimmte Sachen eingesetzt worden, schade nach bekannten Rechtsgrundsätzen dem Bestande des Testamentes eben so wenig wie den Ansprüchen der beiden Schwestern auf den ganzen Nachlaß, da neben ihnen keine andere Erben eingesetzt seien.

Das erste Erkenntniß des Amtsgerichtes St. vom 14. September 1853 legte dem beklagten Vormunde den Beweis auf:

daß der wailand Büdner W. zu S. seine — des Beklagten — Curandinnen, sei es beide oder eine von ihnen, durch mündliche letztwillige Verfügungen zu seinen Erben eingesetzt habe.

Nachdem auf Appellation der Kläger unterm 27. Januar 1855 ein völlig reformirendes Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow ergangen war, welches die Erbansprüche der Geschwister M. für unbegründet erklärte, stellte das Oberappellationsgericht unterm 19. Februar 1857 die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen wieder her:

1. — — — — — — — — — — —

2. Daß der Hofthierarzt W. und die verehelichte K. an und für sich ein Intestaterbrecht hatten, kann nicht bezweifelt werden. Der Widerspruch der Klägerinnen, denen jener seine Erbansprüche cedirt hat, gegen die Ausstellung des Erbenzeugnisses an die Curandinnen des Beklagten ist daher begründet, wenn letztere oder eine derselben nicht Testaments-Erbinnen des Verstorbenen geworden sind. Beklagter beruft sich in dieser Beziehung darauf, daß der Erblasser vor acht Zeugen, welche hiezu von ihm erbeten worden, ein mündliches Testament errichtet und in seiner desfallsigen letztwilligen Erklärung die beiden Curandinnen als seine Erbinnen bezeichnet habe, daß sodann nach mündlicher Errichtung hierüber von dem einen Zeugen, dem Küster B., der in [5] prim. inst. als Anlage 5 angezogene Aufsatz niedergeschrieben und dieser von sämmtlichen Zeugen unterzeichnet worden.

3. Diese Behauptungen sind ausreichend genug, um darauf ein Beweis-Interlocut zu gründen. Die Zeit ist angegeben; der Testator soll den acht Zeugen, die er hiezu erbeten, die Erklärung, seinen letzten Willen vor ihnen zu errichten, gemacht und ihnen die Curandinnen als seine Erbinnen bezeichnet haben. Damit ist das Wesentliche des mündlichen Testaments erschöpft,

Notariats-Ordnung von 1512, Tit. II. §. 8,

und das Nähere kann dem Beweisverfahren überlassen werden. Völlig gleichgültig ist es aber, daß der Testator die ausdrückliche Erklärung, er wolle ohne Schrift testiren, nicht abgegeben,

l. 26 C. de testamentis (6, 23),

indem genügt, daß er mündlich seinen letzten Willen gegen die Zeugen ausgesprochen, ohne die Schrift für die Gültigkeit vorzubehalten. Eben so wenig kommt darauf etwas an, ob er den Küster B. ersucht hat, die ausgesprochene Verfügung niederzuschreiben, oder dieser Solches aus freien Stücken gethan; denn auch im ersteren Falle ist es nur des Beweises wegen gewünscht und wird das Testament nicht in ein schriftliches verwandelt.

Notariats-Ordnung a. a. O. §. 5.

4. Was in der Anlage 5 ad [5] cit. über den Hergang niedergeschrieben worden, weist auf die Absicht des Testators, schriftlich testiren zu wollen, nicht hin. Zunächst fehlt schon die Unterschrift desselben. Sodann heißt es im Eingange:

> Der Büdner W. hatte uns rufen lassen, um Zeugen seiner letztwilligen Bestimmung und Anordnung zu sein.

Hiedurch wird mehr zu erkennen gegeben, daß sie den Inhalt seines letzten Willens haben hören, als bloß die Testaments-Errichtung haben bezeugen sollen. Demnächst sprach und bestimmte derselbe das Folgende als seinen letzten Willen, und endlich wird bezeugt von den Anwesenden, daß vorstehende Anordnung von W. in ihrer Gegenwart wirklich mündlich geschehen sei. Dies Alles spricht deutlich für die mündliche Errichtung, und wenn drei Zeugen bei ihrer Abhörung in [7] prim inst. der Meinung waren, daß W. ein schriftliches Testament habe errichten wollen, während die übrigen nicht wußten, ob dies oder ein mündliches Testament in seiner Absicht gelegen, so ist Solches irrelevant, weil nirgends gefordert wird, daß der Testirer oder Zeuge ein klares Bewußtsein darüber haben müsse, welche Testamentsform jener in dem Vorgenommenen beabsichtige. Im Allgemeinen ist es Regel, daß, wenn nur der auf einen gewissen rechtlichen Erfolg gerichtete Wille zu Tage liegt und die gewählte Form zur Erreichung des Zweckes geeignet ist, ein besonderes Bewußtsein über die aus mehreren zu wählende Form selbst, vollends ein juristisches Bewußtsein

hierüber, nicht verlangt werden kann. Dem entsprechend, hat sich denn auch in älterer, wie in neuerer Zeit die überwiegende Mehrzahl der Juristen und die Praxis dahin entschieden, daß, wenn das beabsichtigte Testament nur überhaupt in der einen oder anderen Form zu Recht bestehen kann, es gleichgültig ist, ob der Erblasser schriftlich oder mündlich zu testiren gedachte, sobald er nur nicht ausschließlich in einer bestimmten Form testiren wollte.

Hofacker, principia juris, §. 1270.
Glück, Commentar Bd. 33, S. 331.
Mühlenbruch, Fortsetzung Bd. 35, S. 29 ff.
Seuffert, Archiv Bd. 7, S. 233. nr. 199.

5. Die Einrede steht auch nicht im Widerspruche mit dem Inhalte der gedachten Anlage 5, abgesehen davon, ob die Worte des Testators ganz getreu wiedergegeben sind und ob die dort referirten Worte allein eine genügende Erbeseinsetzung bekunden. Denn hat er in seinem letzten Willen ausgesprochen, daß die Curandinnen, oder eine derselben, ihn beerben sollten, und hat er sie selbst nur in Bezug auf die Forderung an Cl. zu seinen Erben ernannt, so würde diese Erbeseinsetzung sogar dann, wenn ein früheres Testament existirte, bei Kraft bleiben und keineswegs als bloße Anordnung eines Vermächtnisses aufzufassen sein, vielmehr sich bloß fragen, ob die Instituirten die Erbschaft, nach Abzug der ihnen zugedachten Forderung oder der Falcidischen Quart, dem im früheren Testamente eingesetzten Erben zu restituiren hätten.

l. 29 D. ad S. Consultum Trebellianum (36, 1).
§, 3 J. quibus modis testamenta (2, 17).

Eine solche Disposition kann sehr füglich als nachträgliche Bestimmung zu einer bereits getroffenen testamentarischen Anordnung gedacht sein, ohne daß sich das Wesen dadurch verändert. Im vorliegenden Falle fehlt es sogar an einem älteren Testamente; es kann also die Frage, was die neue Disposition neben einem alten Testamente, wenn jene bloß eine nachträgliche Bestimmung zu diesem habe enthalten sollen, bedeute, gar nicht aufkommen, und Alles, was man aus solchem Ausdrucke nur

folgern darf, reducirt sich darauf, daß der Erblasser die von ihm gemeinte Verfügung hat bei Kraft erhalten wissen wollen. Ein Codicill, eine Schenkung auf den Todesfall oder unter Lebenden, ein Vertrag, wird dadurch kein Testament, daß der Erblasser sie so bezeichnet und das spätere Testament eine nachträgliche Bestimmung dazu nennt. Das Dasein eines solchen Geschäftes kann hiedurch also keinen Einfluß auf den Rechtsbestand des Testamentes gewinnen. Hat der Testator wirklich die Worte gesprochen, daß er bereits früher über sein Vermögen und seinen Nachlaß testamentarische Anordnungen getroffen habe und noch nachträglich als seinen letzten Willen bestimme, so sieht man nur eine unschädliche **falsa demonstrato** der früheren Verfügung, die in keinem weiteren Zusammenhange zu dem letzten Willen steht, als daß er sie hiebei berücksichtiget, indem er über die Gegenstände seines Vermögens, worüber er bereits disponirt hatte, nicht von Neuem Bestimmung trifft. Er wird die Acte vom 21. April 1852 im Auge gehabt haben, und erklärt sich daraus, in Beihalt des Inventars **ad** [5] **prim. inst.** zur Genüge, warum er in dem Testamente bloß der Forderung an Cl. gedenkt.

6. Demnach durfte dem Beklagten der in der ersten Sentenz **sub** 2 festgestellte Beweis, gegen dessen Fassung von den Klägerinnen keine Erinnerung gemacht ist und der sich selbstverständlich auf den in der Anlage 5 **ad** [5] **prim. inst.** bezeugten Vorgang vom 22. Juni 1852 bezieht, nicht abgeschnitten werden. — — — —

Der weitere Verlauf des vorstehenden Rechtsstreites war folgender: Bevor noch das vom Amtsgericht St. unterm 14. September 1853 erlassene Beweisinterlocut rechtskräftig geworden war, trat der beklagte Vormund den ihm daselbst auferlegten Beweis an:

1) durch die Urkunde vom 22. Juni 1852 — Anlage 5 **ad** [5] **prim. inst.**,

2) durch die (unbeeidigten) Zeugenaussagen in [7] ibid.,
3) durch die sieben Zeugen, welche außer dem beklagten Vormunde selbst bei der Disposition des Erblassers am 22. Juni 1852 zugegen gewesen waren, und
4) durch Eidesdelation.

Zur Production der sub 1 und 2 erwähnten Urkunden kam es (aus hier nicht weiter interessirenden Gründen) nicht. Von den vorgeschlagenen Zeugen starb Einer vor der Vernehmung; ein Zweiter verfiel in tödtliche Krankheit; ein Dritter zog weg und konnte nicht wieder aufgefunden werden. Es war daher nur die eidliche Abhörung von vier Zeugen möglich. Auf Grund der von diesen gemachten Aussagen legte das Amtsgericht St. mittelst Bescheides vom 5. September 1858 dem beklagten Vormunde den Erfüllungseid dahin auf:

> daß der weiland Büdner J. W. seine — des Beklagten — Curandinnen, Dorothea und Maria M. oder eine von ihnen, durch mündliche letztwillige Verfügung zu seinen Erben eingesetzt habe.

Die Justiz-Canzlei zu Güstrow reformirte in Folge der Appellation der klagenden Intestaterben unterm 25. März 1858 dahin, daß der vom Beklagten versuchte Zeugenbeweis für völlig verfehlt zu achten und demgemäß den Klägerinnen obliege, sich über den ihnen **in eventum** deferirten Eid binnen 14 Tagen **sub poena jurare non valentium** zu erklären.

Die von beiden Parteien hiegegen ergriffene weitere Appellation hatte die Folge, daß das Oberappellationsgericht in dem Erkenntnisse vom 28. März 1859 die Entscheidung der Justiz-Canzlei über den versuchten Zeugenbeweis bestätigte, dagegen die den Klägerinnen gemachte Auflage, sich über den ihnen **in eventum** deferirten Eid zu erklären, aufhob und demzufolge den Antrag des Beklagten auf Ausstellung eines constitutionsmäßigen Erbenzeugnisses für seine Curanden definitiv abwies, wogegen es die Klägerinnen, als Intestaterben des W., mit weiteren Anträgen wegen Regulirung des Nachlasses des Letzteren und Ertheilung des Erbenzeugnisses an das Amtsgericht zu St. verwies.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten also:

1. Ueber die Frage, durch welche Zahl von Zeugen die Errichtung und der Inhalt eines mündlichen Privattestaments bewiesen werden könne, waren die Ansichten der Rechtslehrer und Practiker immer sehr getheilt. Die Einen halten die allgemeine Regel fest, daß zwei classische Zeugen vollen Beweis liefern. Andere begnügen sich mit zwei Testamentszeugen, wenn die Vernehmung der übrigen unthunlich ist, oder lassen doch den Ersatz der ausgefallenen durch eine gleiche Zahl anderer Zeugen zu. Eine dritte Meinung endlich verlangt schlechthin die eidliche Abhörung aller sieben Testamentszeugen, so daß der Beweis durch andere oder weniger Zeugen nicht geführt werden kann.

Die letzte Meinung ist vorzüglich von Glück, zunächst in der

dissert. de testamenti privati solennis probatione, in opusculis juridicis fasciculo I, nr. 1,

und dann in seinem

Commentar, Thl. 7, S. 504 ff., Thl. 35, S. 8 ff.,

unter Anführung einer Reihe von Schriftstellern, welche ihr zugethan sind oder widersprechen, und mit Beleuchtung der vorgebrachten Gegengründe, vertheidigt worden. Ihm sind unter Anderen später beigetreten:

Puchta, Pandecten §. 516 not. c.
Arndts, in Weiske's Rechtslexicon, Bd. 5, S. 218.
Heimbach sen., daselbst, Bd. 10, S. 792.
Sintenis, Civilrecht, Bd. 3, S. 556 not. 8.
Martin, Vorlesungen über den Proceß, §. 132, Bd. 2, S. 68.

Aber die Lehrbücher des Pandectenrechts von Mühlenbruch, von Wening-Ingenheim, Göschen, so wie Mayer, Erbrecht §. 44 not. 5, und das Präjudiz in Seuffert's Archiv, Bd. 2 nr. 359 zeigen, daß die Controverse noch immer besteht, und an einem festen Gerichtsgebrauche fehlt es dabei durchaus.

2. Das zweite Erkenntniß hat den Ausführungen Glück's den Vorzug gegeben, und das mit Recht. Denn die große Zahl

der Zeugen, deren Zuziehung zur Errichtung eines letzten Willens nothwendig ist, soll nicht zur Erschwerung letztwilliger Verfügungen, sondern zum Schutze der Wahrheit und zur Verhütung von Entstellungen und Fälschungen dienen.

l. ult. C. de fideicommissis (6, 42)
verb.: „Cum res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur."

l. 8 C. qui testamenta facere possint (6, 22)
verb.: „ne locum ullum relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus."

Reichte schon ein Theil der Zeugen zum Beweise einer mündlichen Erbeinsetzung aus, so würde nicht bloß die Solennität so entbehrlich als zwecklos sein, sondern auch dafür, daß Alle, und wenn mehr als sieben Zeugen adhibirt waren, wenigstens sieben die Erbeinsetzung und den Namen der Erben gehört und gleichmäßig verstanden haben,

l. 21 pr. D. qui testamenta facere possunt (28, 1).
l. 21 §. 2 l. 26 C. de testamentis (6, 23),

die nöthige Garantie fehlen, weshalb Kaiser Leo in **Nov. 42** geradezu forderte, **quod septem testes, se audivisse, cum ita testator lingua sua de rebus suis pronunciaret confiteantur.** Haben seine Verordnungen auch keine Gesetzeskraft, so ist doch dieser Ausspruch nicht unwichtig, weil Leo darin nur referirt, was schon vor ihm Rechtens gewesen.

Ferner kann — zumal in Beihalt des §. 12 **J. de fideicommissariis hereditatibus (2, 23) verb.: „si neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari** — wohl kaum bezweifelt werden, daß die citirte **l. ult. C.** zum Beweise eines letzten Willens durch Zeugen gerade die vorgeschriebene Zahl der Solennitätszeugen für nothwendig hält. Sodann verlangt die **l. 31 C. de testamentis** (6, 23), daß, wenn ein **testamentum rusticum** von einem Zeugen für andere Schreibunkundige mit unterschrieben worden,

ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime, quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem jurati deponant; und wenn endlich l. 21 §. 3 C. eod. ausnahmsweise bestimmt, daß ein die Intestaterben ausschließendes Testament durch eine spätere, dieselben einsetzende letztwillige Disposition schon dann aufgehoben werde, wenn letztere durch die Aussage von fünf beeidigten Zeugen bestätigt sei, so muß die Regel die eidliche Deposition von sieben Zeugen fordern.

Vgl. l. 12 D. de testibus (22, 5) mit l. 18 C. eod., und Nov. 90, cap. 2 und 3.

3. Im vorliegenden Falle sind von den zu dem fraglichen Acte zugezogenen Personen nur vier eidlich vernommen. Der Zeugenbeweis mußte nach dem Obigen also selbst dann mißlingen, wenn die Abgehörten den Beweissatz rein bestätigten. Auch würde das Hinzutreten einer gleichen eidlichen Deposition eines fünften Zeugen Nichts ändern, selbst in Mitberücksichtigung des Protocolles vom 9. Juli 1852, wo die Zeugen nicht eidlich vernommen sind, und der den Zeugen nicht einmal zur Recognition vorgelegten Anlage 5 **ad [5] prim. inst.** Um so weniger kann das Fehlende durch den Ergänzungseid des Producenten — abgesehen davon, ob ein solcher hier überhaupt zulässig sein würde — ersetzt werden. Seine Meinung, daß die unbegründete Appellation der Klägerinnen gegen das Beweis-Interlocut vom 14. September 1853 den Verlust der übrigen Zeugen herbeigeführt habe, beruht auf der irrigen Annahme, daß er die eidliche Abhörung derselben nicht vor der Rechtskraft jener Sentenz habe erwirken können. Ganz unabhängig von den sonstigen Bedingungen eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse konnte er sofort nach dem Tode des Testators, und jedenfalls, nachdem die Intestaterben die Anerkennung verweigert, zur Feststellung des letzten Willens solche richterliche Zeugen-Vernehmung beanspruchen. **Publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere.**

l. 5 D. testamenta quemadmodum (29, 3).

Die erste Beschwerde des Producenten ist demnach unbegründet.

Was dagegen das gravamen der Productinnen betrifft, so muß, wie man auch sonst rücksichtlich der Statthaftigkeit der Eidesdelation über die Errichtung und den Inhalt eines mündlichen Testaments urtheilen mag, nach Lage der Sache zu Gunsten der Productinnen entschieden werden. Denn nach den Angaben der abgehörten Zeugen des letzten Willens hat W. weder die Dorothea und Maria M., oder eine von ihnen, als seine Erbinnen bezeichnet und so genannt, noch ihnen ausdrücklich seinen ganzen Nachlaß zugewiesen, vielmehr nur über ein gewisses Kapital disponirt, und wenn er auch gesagt hat, daß Maria M. davon 150 Thlr. und Dorothea M. die übrigen 50 Thlr. erben solle — über welchen Ausdruck in Betreff der Zuwendung an Maria M. sogar ein Zeuge unsicher ist und hinsichtlich der an Dorothea M. zwei Zeugen zweifelhaft sind — so ist damit doch nicht ausgedrückt, daß sie die Forderung als Erben haben sollen. Das Zeitwort „erben" wird auch von Dem gebraucht, der bloß ein Vermächtniß erhält, und in der Verbindung, worin es hier steht, kann es kaum eine andere Bedeutung haben. Konnten demnach die abgehörten Zeugen das zum Beweise Verstellte nicht bestätigen, so liegt bereits vor, daß vier der zu dem Acte zugezogenen Zeugen von der Erbeinsetzung, sei es auch nur auf eine einzelne Forderung, gar Nichts wissen, und genügt eine Bezugnahme hierauf zur Zurückweisung des Eidesantrages, da das mündliche Testament nur besteht, wenn alle sieben Zeugen die Erbeinsetzung vernommen und verstanden haben.

56.

1. **Vollständigkeit der vorgelegten letztwilligen Verfügungen als Bedingung des** Remedii ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo (6, 33).
2. **Anordnung der** Cautela Socini **in einem Codicille.**
3. **Die zur Verwaltung eines** peculium adventitium irregulare **angeordnete Specialcuratel fällt weg, wenn der Vater des honorirten Haussohnes vor dem Testator stirbt.**
4. **Berechtigung der Testamentsexecutoren zur exceptivischen Geltendmachung der den Fideicommissaren zustehenden Cautionsforderung — vor Aushändigung des Nachlasses an die Onerirten.**
5. **Zur Auslegung der** l. 6 C. ad S. C. Trebellian. (6, 49). — He. $644/_{1855}$.

Am 8. April 1852 starb die verwittwete R. zu B. mit Hinterlassung eines bei dem dortigen Stadtgerichte errichteten Testaments vom 30. December 1844, zu welchem sie ebenfalls bei dem erwähnten Gerichte drei Nachträge vom resp. 13. December 1847, 17. December 1849 und 13. März 1852 übergeben hatte. In dem Testamente vom 30. December 1844 — Anlage A. des Publicationsprotocolls — hatte sie zwei Söhne einer verstorbenen Tochter auf $^1/_5$ und ihre damals noch lebenden 4 Kinder gleichfalls ein jedes auf $^1/_5$ des Nachlasses zu Erben eingesetzt und eventualiter deren Descendenten substituirt, den Kaufmann K. und den Advocaten R. aber unter Einräumung der umfassendsten Befugnisse zur vollständigen Regulirung der Erbschaft zu Testamentsexecutoren ernannt. In dem Nachtrage vom 13. December 1847 — Anlage B. des Publicationsprotocolls — bestimmt sie sub Nr. 1 Folgendes:

> Da meine Tochter Franziska verehelichte H. hieselbst inzwischen verstorben ist und einen Sohn Namens — Wilhelm hinterlassen hat, der in die Stelle seiner Mutter treten und mich beerben würde, so will und verordne ich, daß dieser

mein Enkel vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre über den ihm von mir anfallenden Erbtheil zu disponiren nicht befugt sein, sondern bis dahin von demselben nur den Zinsengenuß haben und das Capital demgemäß so lange zur Verwaltung der Testamentsvollstrecker verbleiben und solches, wenn er, was Gott gnädig verhüten wolle, vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre versterben sollte, meinen übrigen Erben in Grundlage meines Testamentes an- und zufallen soll. Glaube ich nun zwar nicht, daß mein vorgenannter Enkel oder Jemand für denselben, je meine Bestimmung über den ihm von mir anfallenden Erbtheil irgendwie anfechten wird, so bestimme ich doch hiemit wohlbedächtig, daß er für den Fall aus meinem Nachlasse nur den ihm gesetzlich gebührenden Pflichttheil erhalten, oder überhaupt dann gänzlich enterbt sein soll, falls er bei meinem Ableben nicht noch pflichttheilsberechtigt erscheint.

Im Nachtrage — C. — vom 17. December 1849 erklärt die Erblasserin, daß sie im Testamente vom 30. December 1844 ihren Enkel, den Wilhelm H. zu ihrem Miterben ernannt habe und hierdurch diese Ernennung im früheren Umfange wiederhole; sodann fährt sie fort: jedoch bestimme ich desfalls noch, daß

1) der Vater dieses meines Enkels, der Apotheker H. in B. die über diesen Erbtheil ihm sonst zustehenden Verwaltungsrechte so wenig ausübe, als den ihm davon sonst gesetzlich zukommenden Zinsengenuß erhalte; vielmehr

2) übertrage ich hiemit die Verwaltung dieses Erbtheils meines Enkels dem J. C. R., meinem Sohne.

Für den Fall, daß derselbe aber die Specialverwaltung nicht übernehmen könnte oder wollte, dem H. A. R. in K., meinem Sohne.

Für den Fall der Behinderung dieses, aber dessen Substituten, welchen er nach gewissenhaftem Ermessen frei zu wählen befugt sein soll.

3) Dieser Verwalter wird hierdurch ausdrücklich auctorisirt, die Aufkünfte des Erbtheils nach seinem gewissenhaften Ermessen

zum Besten meines Enkels bis zu dessen fünfundzwanzigstem Jahre; insbesondere zu seiner angemessenen Erziehung zu verwenden — und in seinen jüngeren Jahren die Ueberschüsse für die späteren und die zur Erziehung nicht erforderlichen Ueberschüsse zum Besten des Enkels zu capitalisiren, welcher mit dem vollendeten 25sten Lebensjahre freier Disponent dieses seines Erbtheils sein soll.

In dem Nachtrage — D. — vom 13. März 1852 wurde von der Erblasserin das Testament mit den Nachträgen unter die Obhut des Stadtgerichts zu B. gestellt und der jedesmalige fungirende Großherzogliche Stadtrichter in Gemeinschaft mit dem Gastwirth K. daselbst an die Stelle der früher bestellten Executoren zum Vollstrecker ihres letzten Willens ernannt.

Zur Zeit des Todes der Testatrix stand ihr Enkel, Wilhelm H., dessen Vater bereits früher gestorben war, unter der Vormundschaft des Dr. W. zu B. Die Testamentsexecutoren beantragten nun zunächst beim Magistrat zu B. in Gemäßheit des Nachtrages C. die Bestätigung des J. C. R. als Specialcurators des Wilhelm H. rücksichtlich des diesem aus dem Nachlaß der Großmutter zugefallenen Vermögens; sie wurden indeß mit diesem Antrage besonders wegen der Collision der Interessen des J. C. R. und des Wilhelm H. rechtskräftig abgewiesen. Die von dem Vormunde des Wilhelm H. geforderte Ausantwortung des Erbantheils des Letzteren wiesen sie ihrerseits zurück, obwohl sie sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hatten und die Erbschaft für den Wilhelm H. von dessen Vormund rein angetreten war. Letzterer erhob in Folge dessen unterm 30. Mai 1853 bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin gegen die Testamentsexecutoren Klage, indem er eine beglaubigte Abschrift des Testaments vom 30. December 1844 und des über die Publication desselben und der drei Nachträge aufgenommenen Protocolls vom 14. April 1852 überreichte, jedoch Abschriften jener drei Nachträge nicht beifügte.

Das erste Fundament der Klage wird aus der Einsetzung des Mündels in einem fehlerfreien Testamente abgeleitet, welche zur Erlangung des Erbschaftsbesitzes im summarischen Verfahren

unter Ausschluß aller illiquiden Einreden berechtige und geht demgemäß das erste Gesuch auf Verurtheilung zur unverzüglichen Einräumung des Besitzes von $^1/_5$tel des Nachlasses der verwittweten R. Eventuell wird gebeten, **causa cognita** zu erkennen, daß dem Mündel die Erbschaft aus dem Testamente zu $^1/_5$tel definitiv zustehe und Beklagte schuldig seien, ihm nach sofort zu geschehender Theilung der ganzen noch ungetheilten R.'schen Hinterlassenschaft dieselbe zu $^1/_5$ mit $^1/_5$ aller Früchte und Accessionen unter Erstattung der Proceßkosten herauszugeben.

Die beklagten Testamentsexecutoren brachten mit ihrer Vernehmlassung als Anlage **A. ad** [8] **Cancell.** das vollständige Publicationsprotocoll vom 14. April 1852 nebst der vom Stadtgerichtsactuar beglaubigten Abschrift des Testamentes so wie aller drei Nachträge bei und führten aus, daß sich aus den Letzteren, insbesondere folgende Verfügungen ergäben:

1. Nach der Disposition vom 13. December 1847 — Nachtrag **B.** — solle Wilhelm H. nicht befugt sein, vor dem zurückgelegten 25. Lebensjahre über den ihm anfallenden Erbtheil zu disponiren, wogegen das Capital, von welchem er nur bis dahin den Zinsengenuß habe, unter der Verwaltung der Testamentsexecutoren bleiben und für den Fall seines vor der Vollendung des 25. Lebensjahres eintretenden Todes den übrigen Erben der Testatrix in Grundlage des Testamentes an- und zufallen solle. Zur Sicherung dieser letztwilligen Verfügung sei die **Cautela Socini** hinzugefügt.

2. Im Nachtrag vom 17. Sept. 1849 entziehe die Erblasserin dem Vater des Wilhelm H. die dem Ersteren sonst zufallenden Verwaltungsrechte und den Zinsengenuß und übertrage die Verwaltung ihrem Sohne J. C. R., **eventualiter** ihrem zweiten Sohne oder dessen Substituten. Dieser Verwalter solle die Aufkünfte des Erbtheils zum Besten des Wilhelm H. bis zu dessen 25. Lebensjahre verwenden und die etwanigen Ueberschüsse capitalisiren. Hieraus folge, daß Wilhelm H. zur Zeit nicht das Recht habe, die Herausgabe von $^1/_5$ des Nachlasses zu verlangen, sondern daß ihm nur die Wahl bleibe, entweder

die Nachträge des Testamentes anzuerkennen und dann müsse er bis zu seinem 25. Lebensjahre mit den Zinsen von 1/5 der Erbschaft zufrieden sein, oder seinen Anspruch auf die Restitution des Pflichttheils zu beschränken.

Die Klage sei hiernach nicht begründet und dürften sie ferner den streitigen Erbtheil nicht an den Kläger herausgeben, da sie zur Verwaltung desselben bis zum 25. Lebensjahre des Wilhelm H. verpflichtet seien, falls es nicht zur Bestätigung des zu diesem Zwecke ernannten Specialcurators komme.

Das erste auf die **l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo** gegründete Gesuch sei unhaltbar; denn das **Remedium** aus diesem Gesetz lasse sich nicht durch einen Theil des Testaments erschleichen. Das zweite **Petitum** sei unklar; man sehe nicht, ob der Gegner auf Theilung klagen oder die **hereditatis petitio** anstellen wolle.

Eventuell verlangen die Beklagten, daß bei ihrer etwanigen Verurtheilung Wilhelm H. für schuldig erkannt werde, ihnen oder seinen Miterben eine genügende Caution dafür zu bestellen, daß die Substanz seines Erbtheils erhalten bleibe, und für den Fall, daß er sein 25. Lebensjahr nicht vollende, an sie — die Beklagten — oder an seine Miterben restituirt werde.

In der Replik bestritt der Kläger die Echtheit der von den Beklagten in der Anlage **A. ad** [8] **Cancell.** beigebrachten Nachträge zum Testament, und suchte **eventualiter** dem Inhalt derselben gegenüber den libellirten Anspruch aufrecht zu erhalten.

Das erste Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 5. Juni 1855 wies — übrigens unter Verwerfung sämmtlicher dilatorischer Einreden — die Klage ab. Da der Kläger bei der Verfolgung des Rechtsmittels der Appellation gegen dies Erkenntniß auch in den Verhandlungen vor dem O.-A.-Gerichte die Echtheit der von den Beklagten in der Anlage **A. ad** [8] **Cancell.** beigebrachten Nachträge zum Testament in Abrede nahm, wurde ihm unterm 20. September 1855 unter dem Präjudiz, daß dieselben als anerkannt angenommen werden würden, aufgegeben, die in dem Publicationsprotocoll vom 14. April 1852 in der Anlage 1 zur Klage erwähnten Nachträge binnen 14 Tagen einzureichen,

welcher Auflage er in [6] act. Folge leistete, indem er jedoch Zweifel gegen die Richtigkeit der Abschrift äußerte.

Das demnächst unterm 26. Mai 1856 erlassene Erkenntniß des Oberappellationsgerichts erkannte reformirend die Beklagten für schuldig, dem Kläger den fünften Theil des Nachlasses der wailand Wittwe R. mit dem fünften Theile aller percipirten Früchte und aller Accessionen des Nachlasses binnen drei Wochen **sub poena executionis** herauszugeben, sobald der Kläger rechtsgenügende Sicherheit dafür geleistet haben werde, daß für den Fall des vor dem vollendeten 25. Lebensjahre eintretenden Todes seines Mündels, Wilhelm H., ein Zehntel des Nachlasses unter eventuellem Abzug der **Quarta Trebellianica** den Miterben des Letzteren als Universalfideicommiß werde restituirt werden. Auch wurden die Beklagten verurtheilt, die Kosten beider Instanzen, abgesehen von den Contumacialkosten dem Kläger binnen drei Wochen **sub poena executionis** zu erstatten.

Gründe.

1. Was zunächst den vom Kläger aus dem Testamente vom 30. December 1844 abgeleiteten Anspruch auf provisorische Einweisung in den Besitz anlangt, so ergiebt sich aus dem Publicationsprotocolle vom 14. April 1852, welches Kläger selbst in der Anlage 1 **ad** [3] **prior.** beigebracht hat, daß von der Erblasserin außer jenem Testamente noch drei, gleichfalls am gedachten 14. April publicirte, Nachträge errichtet worden sind. Hat derselbe freilich die von den Beklagten in der Anlage **A. ad** [8] **prior.** eingereichten drei nachträglichen Dispositionen der Erblasserin nicht als solche in den Verhandlungen der ersten Instanz erkannt, so stimmt doch mit denselben die von ihm in der gegenwärtigen Instanz **ad** [6] der Oberappellationsgerichtsacten eingereichte Copie, abgesehen von den wenigen, in [8] der Oberappellationsgerichtsacten bemerkten, für den vorliegenden Rechtsstreit irrelevanten Puncten, vollständig überein, und verdienen die Zweifel, welche er gegen die beweisende Kraft der auf den Inhalt dieser Copie bezüglichen Beglaubigungen erhoben

hat, um so weniger eine Berücksichtigung, da es ihm oblag, das seiner Klage zu Grunde liegende Publicationsprotocoll vollständig zu den Acten zu bringen, und es keinen Falls als statthaft erscheint, daß er die Urkunden, auf welchen die Begründung seines Anspruchs beruht, nur rücksichtlich des ihm günstigen Inhaltes anerkennt, in ihren übrigen Theilen aber durch bloßes Ableugnen und ein ganz unbestimmt gehaltenes Zweifeln bekämpft. Den Inhalt der ad [6] der Oberappellationsgerichtsacten eingereichten Copie muß er daher gegen sich gelten lassen. Wird demzufolge der gesammte letzte Wille der Erblasserin durch das Testament und die drei in Frage stehenden Nachträge gebildet, so kann der Kläger nicht für befugt erachtet werden, die provisorische Einweisung in den Besitz nach Maßgabe der **l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo** (6, 33) allein auf Grund des Testamentes vom 30. December 1844, unter Ignorirung der urkundlich vorliegenden drei Nachträge, zu verlangen, und erscheint somit dies Verlangen nicht als gerechtfertigt.

2. Hinsichtlich der eventuell erhobenen petitorischen Klage hat der Appellant in der jetzigen Instanz wiederholt seine frühere Auslegung des in dem Nachtrage **B. sub 1** am Schlusse des ersten Absatzes enthaltenen Ausspruches vertheidigt, derzufolge hier überall keine wirkliche Disposition getroffen, sondern nur in enunciativer Weise ein beiläufiger Gedanke der Erblasserin über das künftige Schicksal des dem Wilhelm H. hinterlassenen Vermögens geäußert sein soll. Diese Ansicht ist indessen ganz unhaltbar. Schon die Worte widersprechen derselben. Nachdem nämlich die Erblasserin im Eingange als Veranlassung ihrer neuen Verfügung angeführt hat, daß ihre Tochter Franziska, verehelichte H., inzwischen verstorben sei und einen Sohn, Namens Johann Heinrich Wilhelm, hinterlassen habe, der in die Stelle seiner Mutter treten und sie, die Erblasserin, nunmehr beerben werde, fährt sie im Nachsatze also fort:

„so will und verordne ich, daß dieser mein Enkel vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre über den ihm von mir anfallenden Erbtheil zu disponiren nicht befugt sein, sondern er bis dahin von demselben nur den Zinsengenuß

haben, und das Kapital demgemäß so lange zur Verwaltung der Testamentsvollstrecker verbleiben, und solches, wenn er, was Gott gnädig verhüten wolle, vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre versterben sollte, meinen übrigen Erben in Grundlage meines Testamentes an- und zufallen soll."

Die, entschieden die Absicht einer letztwilligen Disposition ausdrückenden, Worte: „so will und verordne ich" beziehen sich auf alle drei abhängigen Sätze in gleicher Weise, und stellt es sich als eine unlogische Willkür dar, allein den letzten Satz von dem Inhalte des ausgesprochenen Willens auszunehmen, obgleich die ganze Periode gerade erst bei diesem Satze mit dem prägnanten Worte: „soll" abgeschlossen wird. Sachlich ist die Auslegung des Appellanten unmöglich, weil der fragliche Ausspruch als eine bloß enunciative Aeußerung falsch sein würde. Wenn der Appellant sich diesem Argumente gegenüber durch die Hypothese zu helfen sucht, daß die Erblasserin aus Rechtsirrthum angenommen haben werde, daß der Erbtheil des Wilhelm H. bei dessen vor dem 25sten Lebensjahre eintretenden Tode an seine Miterben, als die nächsten mütterlichen Verwandten fallen werde, so ist diese Wendung eine so gezwungene, daß es zur weiteren Widerlegung derselben keines Wortes bedarf.

3. Als Inhalt der im Vorstehenden besprochenen Disposition des Nachtrages B. hat das vorige Erkenntniß mit Recht die Belastung des Wilhelm H. mit einem Universalfideicommisse zu Gunsten der übrigen Testamentserben angenommen. Wie die Testatrix nämlich in der ganzen hervorgehobenen Bestimmung dieses Nachtrages an der Erbeseinsetzung des Enkels Nichts ändert, so setzt sie auch, verb: „vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre über den ihm von mir anfallenden Erbtheil zu disponiren nicht befugt sein," unverkennbar voraus, daß der demselben im Testamente hinterlassene Erbtheil bereits vor dem 25sten Lebensjahre ihm deferirt, und der Delation gemäß von ihm erworben werde; sie will nur, daß das Kapital dieses Erbtheils im Falle seines vor jenem Alter eintretenden Todes den übrigen Testamentserben zufalle. Die Realisirung dieses Willens ist aber rechtlich nur im Wege des

Universalfideicommisses möglich. Denn die direct substituirten Miterben würden durch den von der Erblasserin vorausgesetzten Erbschaftserwerb des Wilhelm H. für immer von seiner Portion ausgeschlossen sein; überdies würde jede Beschränkung der früheren testamentarischen Erbeseinsetzung in dem Nachtrage B. nichtig sein. Wenn nämlich auch die Form, in welcher derselbe errichtet worden ist, den Requisiten eines Testamentes entspricht, so fehlt doch eine **heredis institutio**, und ist demselben daher nur die Bedeutung eines Codicills beizulegen; nach bekannter Rechtsregel kann aber keinem testamentarischen Erben die Erbschaft in einem Codicille genommen, oder selbst nur die frühere unbedingte Erbeseinsetzung in einem Codicille durch Hinzufügung einer Bedingung beschränkt werden.

l. 6 pr. D. de jure codicillorum (29, 7),
§. 2 J. de codicillis (2, 25),
l. 27 §. 1 D. de conditionibus institutionum (28, 7).

Wenn der Appellant dessenungeachtet annimmt, daß die Erblasserin in dem Nachtrage B. der Erbeseinsetzung des Wilhelm H. eine Bedingung hinzugefügt habe, so tritt er direct der Regel der **l. 24 D. de rebus dubiis** (34, 5) entgegen, derzufolge die Auslegung letztwilliger Verfügungen im Zweifel in einem der Aufrechterhaltung günstigen Sinne (**benigne et secundum id, quod credibile est cogitatum**) geschehen soll. Selbst die Entscheidung des **cap. I. de testamentis, in VI.** (3, 11), daß im Zweifel stets eine directe Substitution anzunehmen sei, vermag die Interpretation des Klägers nicht zu rechtfertigen, da diese Annahme im vorliegenden Falle in geradem Widerspruche mit dem erkennbaren Willen der Testatrix steht, welche den bedingten Anfall des dem Wilhelm H. hinterlassenen Erbtheils an dessen Miterben anordnet, indem sie zugleich den vorgängigen Erwerb dieses Erbtheils durch Wilhelm H. voraussetzt. Es handelt sich somit hier im Grunde nicht sowohl um die Eruirung eines zweifelhaften letzten Willens, als vielmehr um die Gewinnung des richtigen juristischen Gesichtspunctes für das practische Resultat,

welches als von der Erblasserin gewollt mit genügender Sicherheit erkennbar ist. Nach allem Vorstehenden ist aber die Subsumtion der streitigen Disposition unter den Gesichtspunkt des Universalfideicommisses ebenso zweifellos zulässig, wie für die Realisirung der Absicht der Erblasserin allein möglich. Die Einwendungen, welche der Kläger gegen das Vorhandensein eines Universalfideicommisses aus dem Ausdrucke „an- und zufallen" entnimmt, erledigen sich von selbst durch die Erwägung, daß schon im neuesten Römischen Rechte der practische Gegensatz der **verba directa** und **obliqua** aufgehoben war,

l. 15 C. de testamentis (6, 23),
l. 2 C. communia de legatis et fideicommissis (6, 43),

und vollends dem fraglichen Deutschen Ausdrucke nicht eine feststehende technische Bedeutung beigelegt werden kann, durch welche die Absicht einer fideicommissarischen Belastung ausgeschlossen würde.

4. Da Wilhelm H. nach dem Tode seiner Mutter der testirenden Großmutter als Pflichttheilsberechtigter gegenüberstand, so sind alle Dispositionen, durch welche sie im Nachtrage B. sub 1 Abs. 1, seine Erbportion belastete, nach l. 32 **C. de inofficioso testamento** (3, 28) und **Nov. XVIII. cap. 3** an sich bis zum Belaufe des Pflichttheils, d. h. der Hälfte der ihm hinterlassenen Erbportion, nichtig. Die Testatrix fügt nun freilich zur Aufrechterhaltung ihrer bezüglichen Bestimmungen a. a. O. sub 1 Abs. 2 hinzu, daß ihr Enkel für den Fall der Anfechtung derselben aus ihrem Nachlasse nur den ihm gesetzlich gebührenden Pflichttheil erhalten, oder überhaupt dann gänzlich enterbt sein solle, falls er bei ihrem Ableben nicht noch pflichttheilsberechtigt erscheine. Allein dieser Vorschrift kann überall keine rechtliche Bedeutung beigelegt werden; denn die Worte lassen nicht die Deutung zu, daß die Erblasserin dem Wilhelm H. für den bezeichneten Anfechtungsfall die sofortige Restitution seiner ganzen Erbportion oder resp. des über den Pflichttheil hinausgehenden Theiles derselben als Universalfideicommiß habe auferlegen wollen; vielmehr geht die Dispo-

ſition lediglich dahin, daß Wilhelm H. für den Fall der Anfechtung der fraglichen Beſtimmungen in ſeiner Erbportion auf den Pflichttheil beſchränkt, oder **eventualiter** gänzlich enterbt ſein ſolle. Die Unſtatthaftigkeit dieſer letzteren Exheredation in dem Codicille ergiebt ſich ſchon aus der Entwickelung der rat. 3; es kann aber auch nicht einmal die Größe einer Erbportion gültig in einem Codicille abgeändert werden. Die (ausdrückliche oder ſtillſchweigende) Feſtſetzung der Erbportion bildet nämlich einen integrirenden Theil der die Erbeseinſetzung betreffenden Dispoſition, und ſtellt ſich demgemäß die Modificirung der urſprünglichen Beſtimmung über die den einzelnen Erben zugedachten Theile einerſeits als eine partielle **ademtio hereditatis** zum Nachtheile des durch die neue Verfügung beſchränkten Erben, ſowie andererſeits als eine Erweiterung der **datio hereditatis** zu Gunſten des durch den veränderten Willen bevorzugten Erben dar. Vergl. **l. 12 D. de heredib. instituendis** (28, 5). In einem Codicille iſt aber weder die **datio** noch die **ademtio hereditatis** ſtatthaft.

l. 10 D. de jure codicillorum (29, 7),
l. 5 §. 1 C. de necessariis servis heredibus instituendis (6, 27),
l. 27 §. 1 D. de conditionibus institutionum (28, 7),
l. 4 C. de his, quibus ut indignis (6, 35).

Wenn nun freilich von den Römiſchen Juriſten der Satz, daß die einmal verliehene teſtamentariſche Erbſchaft den ernannten Erben in demſelben Teſtamente nicht wieder entzogen werden kann, nur auf die gänzliche Aufhebung der Delation bezogen und eine Abänderung der urſprünglich für die Theilung der Erben feſtgeſetzten Norm in demſelben Teſtamente zugelaſſen wird,

l. 13 §. 1 D. de liberis et posthumis (28, 2),
l. 1 §. 4 D. de his, quae in testamento delentur (28, 4),
l. 17 §. 2 D. de testamento militis (29, 1),
vgl. mit l. 12 D. de heredibus instituendis (28, 5),

ſo erklärt ſich das Letztere zur Genüge daraus, daß der Erblaſſer während der ganzen Dauer der Teſtamentserrichtung die Möglichkeit hat, durch Hinzufügung neuer Erbeseinſetzungen die Portionen der zuerſt eingeſetzten Erben zu beſchränken, und daß

daher die Erbeseinsetzungen in Bezug auf die Größe der Erbportionen erst mit der Vollendung des Testamentsactes zum Abschluß kommen. Bei den Codicillen fällt dieser Grund weg, und muß consequent neben der unbeschränkten Geltung des Satzes: „**codicillis hereditatem dari non posse,**“ auch der Satz: „**codicillis hereditatem adimi non posse,**“ in unbedingter, die **ademtio** einer **portio hereditatis** umfassenden Allgemeinheit anerkannt werden.

5. Aus dem Vorstehenden folgt, wenn man zunächst nur das Testament vom 30. December 1844 und den Nachtrag **B** ins Auge faßt, daß der Anspruch des Klägers auf Restitution der Hälfte der testamentarischen Erbportion seines Curanden begründet ist. Rücksichtlich der zweiten Hälfte würde aber seinem Restitutionsanspruche allerdings der Nachtrag **B** entgegenstehen, da dort verordnet ist, daß das Kapital bis zum 25sten Lebensjahre des Wilhelm H. zur Verwaltung der Testamentsvollstrecker verbleiben solle, und es keinem Zweifel unterliegt, daß die Testatrix befugt war, diese Vorschrift zur Sicherung des gültigen Theiles des Universalfideicommisses mit Rechtseffect zu machen. Hiegegen kann sich der Kläger nicht auf die seinem Curanden etwa neben dem Pflichttheile zuständige **Quarta Trebellianica** berufen, da der Anspruch auf diese nach dem Zeitpunkte der Restitution des Fideicommisses zu beurtheilen ist, und es sehr wohl möglich bleibt, daß er rücksichtlich der Quart durch die inzwischen von der Hälfte der Erbportion gezogenen Früchte vollständig gedeckt wird.

Vergl. l. 18 §. 1, l. 22 §. 2, l. 58 §. 5 D. ad S. C. Trebellianum (36, 1).

6. Wenn die Testatrix im Eingange des Nachtrages **C** die Ernennung ihres Enkels Wilhelm H. zu ihrem Miterben „in früherem Umfange“ wiederholt, so bedarf es keiner weiteren Ausführung darüber, daß damit nicht eine Zurücknahme des im Nachtrage **B** constituirten Universalfideicommisses ausgesprochen ist. Auch die sonstigen Bestimmungen des Nachtrages **C** über die Aufhebung der väterlichen Verwaltungsrechte und des väterlichen Nießbrauches, so wie über die Einsetzung einer Special-

Curatel, stehen in keiner Weise mit dem Universalfideicommisse in Widerspruch, oder deuten die Absicht der Aufhebung desselben an, im Gegentheil bestätigen die Vorschriften sub nrs. 3 u. 5 unmittelbar die fortdauernde Absicht der Erblasserin, eine Disposition über das Kapital bis zum 25sten Jahre des Enkels zu verhüten. Durch die Einsetzung einer Special-Curatel ist aber die Bestimmung des Nachtrages B, durch welche das Kapital des Wilhelm H'schen Erbtheiles bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte zur Verwaltung der Testamentsexecutoren verbleiben sollte, aufgehoben worden.

Vgl. l. 3 C. de codicillis (6, 36).

Von selbst ist damit der Gesichtspunkt weggefallen, daß die angeordnete Verwaltung des fraglichen Kapitals zur Sicherung der Rechte der Fideicommissare dienen solle. Denn die Uebertragung der Verwaltung an den Special-Curator steht im engsten Zusammenhange mit der, die Verwaltungsrechte des Vaters aufhebenden Vorschrift, und ist von der Testatrix selbst äußerlich als Folge eben dieser letzteren Vorschrift angeordnet worden. Als Bestimmung des Special-Curators kann daher nur angenommen werden, daß er das Interesse des Wilhelm H. vertreten solle, wie auch die in dem Nachtrage C wiederholte Bestätigung der früheren Vorschrift über die vollständige Regulirung der Erbschaft durch die ernannten Testamentsexecutoren deutlich zu erkennen giebt, daß die Erblasserin durch die Einsetzung der Special-Curatel das Geschäft der Testamentsvollstreckung als solches nicht hat unter verschiedene Personen theilen wollen.

7. Nach der Nov. 117 cap. 1 ist das Recht der Testatrix außer Zweifel, für die Verwaltung des dem Enkel hinterlassenen Vermögens, hinsichtlich dessen sie dem Vater alle gesetzlichen Verwaltungsrechte entzog, einen besonderen Curator zu ernennen. Im vorliegenden Falle ist aber unbestrittenermaßen der Vater vor der Erblasserin gestorben, und kann eben deswegen die Disposition über die Special-Curatel nicht zur Ausführung kommen. Denn, wie die Voraussetzung der ganzen Verfügung die Fortdauer der väterlichen Gewalt ist, so geht auch der practische

Zweck derselben lediglich darauf hinaus, die Lücke auszufüllen, welche durch den Ausschluß des Vaters von der Verwaltung in der Vertretung des, noch nicht zur vollen Handlungsfähigkeit gelangten, Enkels rücksichtlich des diesem als sogenanntes **peculium adventitium irregulare** hinterlassenen Vermögens eintritt. Die Ernennung des Special-Curators bezieht sich somit gar nicht auf den Fall, daß der Enkel von der väterlichen Gewalt frei werden und nach dem Eintritte dieses Ereignisses durch eine Alters-Curatel in Bezug auf sein ganzes Vermögen für seine Vertretung gesorgt werden sollte.

8. Als Resultat des Vorstehenden ergiebt sich, daß die Beklagten dem klägerischen Anspruche gegenüber, sich weder auf die, im Nachtrage **C** aufgehobene, Bestimmung des Nachtrages **B**, durch welche ihnen die Verwaltung des Wilhelm H'schen Erbtheiles übertragen wurde, noch auf die durch den Tod des Apothekers H. bedeutungslos gewordene Anordnung einer Special-Curatel berufen können. Daß die Existenz des, nur eine Restitutionsverbindlichkeit begründenden, Universalfideicommisses die Klage nicht elidirt, ist von selbst klar. Da nun auch bereits durch die unangefochten gebliebene Verwerfung sämmtlicher dilatorischen Einreden rechtskräftig feststeht, daß der Kläger eben so activ zur Sache legitimirt ist, wie die Beklagten es passiv sind, so muß der Restitutionsanspruch des Ersteren für vollständig begründet erklärt werden. Daß die Letzteren die **facultas restituendi** haben, ist in Beihalt ihrer, die Detention einräumenden, Erklärungen **in** [25] **prior.** S. 5 zweifellos. Auch kommt dagegen nicht in Betracht, daß sie ebendaselbst, so wie in der Duplik — Anlage **A ad** [20] **ibid.** — behaupten, daß der Nachlaß bereits theilweise in die Hände der übrigen Erben übergegangen sei und daß sie an diese bereits verschiedene zum Nachlasse gehörige Gelder vertheilt hätten. Denn aus dem ganzen Zusammenhange geht hervor, daß sie die Detention des dem Wilhelm H. zustehenden Einfünftheils gar nicht leugnen wollen. Bei der hiernach sich vernothwendigenden Verurtheilung war der Antrag des Klägers, daß die Restitution nach sofort zu geschehender Theilung stattfinde, nicht zu berücksichtigen. Denn

wenn auch die Erblasserin im Testamente vom 30. December 1844 und in den Nachträgen C und D die Testamentsexecutoren mit der vollständigen Regulirung der Erbschaft betrauet hat, und diese zur Erfüllung aller ihnen übertragenen Amtspflichten von den Erben angehalten werden können, so ist doch die Theilung des Nachlasses keinen Falls ohne die Concurrenz der Erben möglich, und hat es der Kläger ganz unbestimmt gelassen, welche Vornahmen er in Bezug auf die fragliche Theilung von den Beklagten verlangt.

Unter den geforderten Früchten können nur die percipirten verstanden werden, da der Kläger in keiner Weise einen weiter gehenden Anspruch andeutet.

9. Die Verurtheilung der Beklagten mußte, in Gemäßheit des von ihnen in [8] prior. S. 18 eventuell gestellten Verlangens, von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Kläger zuvor eine rechtsgenügende Caution wegen Restitution des Fideicommisses leisten werde. Nach gesetzlicher Vorschrift haben nämlich die Fideicommissare Anspruch auf Sicherung des ihnen bedingt hinterlassenen Kapitals durch solche Caution.

l. 1 pr. §. 10, l. 14 pr. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur (36, 3).

Ein Fall gesetzlicher Ausnahme von der Cautionspflicht liegt nicht vor; insbesondere ist hier die **l. 6 pr. §. 1 C. ad S C. Trebellianum** (6, 49) nicht anwendbar, obwohl gleichfalls bei dem zur Frage stehenden Fideicommisse, welches dem Wilhelm H. für den Fall seines Sterbens vor dem vollendeten 25sten Lebensjahre auferlegt worden ist, nach der **l. 102 D. de conditionibus et demonstrationibus** (35, 1) und nach der **l. 30 C. de fideicommissis** (6, 42) die Bedingung: **„si sine liberis decesserit,“** subintelligirt werden muß. Wenn nämlich im **principium** der **l. 6 cit.** die dort getroffene Ausnahmebestimmung von der Voraussetzung: **„filio seu filia, filiis vel filiabus heredibus institutis“** abhängig gemacht wird, so führt der Wortausdruck dieser speciellen Aufzählung zur Anerkennung der bereits von der Glosse vertheidigten Auslegung, daß der Kaiser **Zeno** lediglich die Kinder ersten

Grades habe bezeichnen wollen, und wird dies Resultat auf das Bestimmteste dadurch bestätigt, daß in dem Schlußsatze des **principium**, wo der Kaiser die hervorgehobene Voraussetzung seiner neuen Vorschrift mit den Worten: „**filio seu filia institutis, sicut supra dictum est, heredibus,**“ wiederholt, von der Onerirung dieser Erben zu Gunsten der **nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes** die Rede ist, und bei diesem Gegensatze unter dem **filius** und der **filia** nur **liberi primi gradus** verstanden werden können. Das Gesetz spricht somit nicht von dem, einem Enkel auferlegten Fideicommisse; im §. 3 wird aber ausdrücklich jede ausdehnende Erklärung verboten.

Das demnach im vorliegenden Falle den Fideicommissaren zuständige Recht der Cautionsforderung ist in gleicher Weise den Beklagten einzuräumen, da sie von der Erblasserin mit der Sorge für die Aufrechterhaltung und Ausführung der gesammten letztwilligen Dispositionen betraut sind, und es daher sogar als ihre Pflicht erscheint, Theile des Nachlasses einem Fiduciar nicht ohne die Sicherheit einzuhändigen, deren Forderung das Gesetz dem Honorirten selbst zur Beseitigung der sonst der Realisirung des Vermächtnisses drohenden Gefahren gestattet.

10. Die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten der beiden Instanzen entspricht der Entscheidung in der Hauptsache. Bei der Moderation wird indeß gebührend darauf Rücksicht zu nehmen sein, daß der Kläger die Verhandlungen über die provisorische Einweisung in den Besitz unnöthig veranlaßt hat.

Nachdem die Beklagten das Rechtsmittel der Restitution gegen dies Appellationserkenntniß eingelegt hatten, wurde dasselbe vom Oberappellationsgericht unterm 27. März 1858 in Uebereinstimmung mit dem von der Juristenfacultät zu Halle eingeholten Erachten, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten der Restitutionsinstanz aus folgenden Gründen bestätigt.

1. Das Testament der verwittweten R. substituirte der zur Erbin auf $\frac{1}{5}$ eingesetzten Tochter derselben, Franziska, **vulgariter** ihre Descendenz. Somit war der Sohn dieser Franziska,

da sie vor der Mutter verstarb, durch das Testament als Erbe auf ⅕ berufen. Der Nachtrag vom $\frac{\text{19. November}}{\text{13. December}}$ 1847 geht hievon ausdrücklich aus, und wenn daran die Bestimmung geknüpft wird, daß Wilhelm H., welcher testamentsmäßig nunmehr Erbe sein würde, über den ihm anfallenden Erbtheil vor seiner Majorennität der Substanz nach nicht disponiren solle, so liegt hierin nichts, was auf eine intendirte Modification der Erbeseinsetzung irgend hinführen könnte. Vielmehr setzt gerade jenes Verbot voraus, daß Wilhelm H. auch das Kapital ererbt hat und darüber an sich rechtsbeständig disponiren dürfe, also Erbe der Substanz nach geworden sei. Die weitere Bestimmung, daß Wilhelm H. bis zur Majorennität von seinem Erbtheile nur den Zinsengenuß haben solle, folgte aus der andern, daß er bis dahin das Kapital nicht für sich sollte verwenden dürfen, ganz von selbst, und ändert daher eben so wenig, wie diese, irgend etwas an der im Testamente geschehenen Erbeseinsetzung. Diese besteht neben allen solchen Verfügungen zweifellos fort, und dann läßt die Anordnung, daß das dem Wilhelm als Erbtheil anfallende Kapitalvermögen, wenn er vor seinem zurückgelegten 25sten Lebensjahre versterben sollte, den übrigen testamentarischen Erben anfallen solle, gar keine andere Erklärung zu, als die in den beiden vorigen Erkenntnissen gegebene, wie denn auch die fideicommissarische Disposition kaum deutlicher ausgedrückt werden kann.

Daß solche Universalfideicommisse in Codicillen gültig errichtet werden, unterliegt keinem Zweifel. Kläger ist dieserhalb zu verweisen auf

l. 2 C. de codicillis (6, 36),
§. 10 und §. 12 J. de fideicomm. her. (2, 23),
§. 2 J. de codic. (2, 25),

so wie auf die von ihm selbst allegirte

l. 6 D. de jure codic. (29, 7),

deren Schlußworte: neque (codicillis) substituere directo potest: — ex argumento a contrario den Satz bestätigen.

Das aus Halle eingeholte Rechtsgutachten ist mit diesem Allen völlig einverstanden.

2. Es ist demnach davon auszugehen, daß Wilhelm H. zum Erben auf den 5ten Theil ernannt worden, sein Erbtheil jedoch, wenn er vor dem 25sten Lebensjahre versterbe, ohne die Früchte den übrigen Testamentserben restituirt werden solle. Das Hallesche Erachten nimmt freilich an, daß sich nach dem wahrscheinlichen Willen der Erblasserin diese Restitutions-Verbindlichkeit nicht auf den Pflichttheil habe erstrecken sollen, und kommt so zu dem Resultate, daß es bei dem zweiten Erkenntnisse zu belassen sei. Indessen sprechen gegen Ersteres die Worte des gedachten Nachtrags, welche nur von dem ganzen Erbtheil verstanden werden können. Das Kapital des dem Enkel anfallenden Erbtheils soll **eventualiter** den übrigen Erben zufallen.

3. Das Onus ist, so weit es auf den Pflichttheil gelegt worden, nicht zu Recht beständig. Darüber ist kein Streit. Aber es fragt sich, ob, wenn Wilhelm H. oder sein Vormund das Onus **in tantum** nicht gelten lassen will, von der für solchen Fall in dem erwähnten Nachtrage hinzugefügten Clausel, daß der Wilhelm H. dann nur den ihm gesetzlich gebührenden Pflichttheil aus dem Nachlasse erhalten solle, Anwendung zu machen ist.

Die hiesige Urthel vom 26. Mai 1856 hat diese Clausel für ungültig erklärt, weil sie die Erbportion des Testamentserben mindere, und dieses in einem Codicille nicht geschehen könne. Das Hallesche Erachten erhebt — obgleich mit diesem Princip nach der formellen Behandlung des Erbrechts im römischen, besonders im älteren römischen Rechte einverstanden — dagegen das Bedenken, ob nicht nach heutigem Rechte der materiellen Absicht des Erblassers mehr Gewicht beizulegen sei, als den vielleicht zufällig von ihm gewählten Worten, ob daher nicht eine solche „Beschränkung in der Erbportion" derjenigen gewiß statthaften Verfügung gleich geachtet werden solle, durch welche der Testator dem Erben aufgiebt, von seiner Erbportion den Pflichttheil zu behalten, alles Uebrige aber an den Fideicommissar zu restituiren. Entscheidend ist dem Erachten, daß von der „Erbportion" des Wilhelm H. an jener Stelle überhaupt nicht die Rede sei, sondern die Erblasserin nur die rein materielle

Verfügung treffe, daß der Enkel in dem angegebenen Falle „aus ihrem Nachlasse“ nur den Pflichttheil „erhalten“ solle, welches letztere Wort hier ein „behalten“ bedeute.

4. Daß in einem Codicill dem Erben die sofortige Restitution des über die **legitima** hinausgehenden Theils der ihm angefallenen Erbschaft gültig auferlegt wird, ist schon in der **ratio 4** der zweiten Urthel anerkannt worden. Wenn daher einer in dieser Form codicillarisch angeordneten **cautela Socini** der Rechtsbestand nicht zu versagen ist, so erklärt sich dieses nicht daraus, daß die Cautel überhaupt in Codicillen gültig getroffen wird, sondern aus dem Inhalte der Disposition, wofür ohne alle Rücksicht auf solche Cautel die Codicillar-Form hinreichend ist. Auch behauptet

Francke, Recht der Notherben §. 19 pag. 250

keinesweges, daß die Socinische Clausel stets in Codicillen mit voller Rechtswirkung angeordnet werde, sondern er hält die Ansicht, als ob sie bloß in Testamenten gültig stehe, nur für nicht in jeder Beziehung richtig, und bezieht sich dieserhalb auf einen Fall, in welchem gerade so disponirt wird, wie eben als rechtsbeständig anerkannt ist. Ob

Sintenis Civilrecht Bd. 3 pag. 627 not. 18

abweichend denkt, läßt sich aus seiner unbestimmten Aeußerung nicht entnehmen; jedenfalls fehlt die Begründung. Daß aber die Praxis zu Gunsten jener Clausel die sonstigen gesetzlichen Formvorschriften aufgegeben habe, ist nirgends zu ersehen, und wenn das in den

Beilagen zu den Rostocker Nachrichten 1832 pag. 158 ff.

abgedruckte Erachten der hiesigen Juristenfacultät aus dem Jahre 1797 die codicillarische Disposition, daß das Kind, welches die auf seinen Erbtheil gelegte Beschwerde anfechte, nur auf den Pflichttheil eingesetzt sein solle, aufrecht erhält, so geschieht dies lediglich in Rücksicht darauf, daß das Codicill im Testamente im Voraus bestätigt worden und so einen Theil desselben ausmache, indem sonst zugegeben wird, daß eine derartige Bestimmung nur in einem Testamente Kraft habe.

Es kommt also immer auf dasjenige an, was verfügt wurde. Besteht dieses in einer ganzen oder theilweisen **ademtio hereditatis**, so ist die Codicillarform unzureichend, ein Satz der keiner neuen Ausführung bedarf.

5. Wenn nun in dem fraglichen Codicill gesagt ist, daß der Wilhelm H. in dem genannten Falle nur „den Pflichttheil" erhalten solle, so ist hier, da der Pflichttheil gerade eine gewisse Erbschaftsquote begreift, von der Erbportion des Wilhelm H. die Rede, und wird diese auf die Hälfte der Portion, zu der er im Testamente berufen war, ermäßigt. Daß auch die Absicht der Testatrix gerade auf Abminderung des Erbtheils ging, wird durch den Zusatz, welcher den Wilhelm H., wenn er nicht mehr pflichttheilsberechtigt sei, gänzlich enterbt, bestätigt. Einer Verwandlung der in einem Codicille ausgedrückten Exheredation oder Herabsetzung des testamentarischen Erbtheils in eine fideicommissarische Auflage gedenken die Quellen nirgends. Es darf daher das Wort „erhalten" hier auch nicht für „behalten" genommen werden, zumal damit für die Beklagten nur dann etwas gewonnen würde, wenn man außerdem die vorher festgesetzte Restitutions-Zeit als abgeändert dächte. So würde man aber das, wovon die Erblasserin nicht spricht, als von ihr verändert, und den ausdrücklich abgeänderten Punct als von ihr beibehalten behandeln. Die Meinung, daß derselben die Restitution des über die **legitima** hinausgehenden Erbtheils als von den Testamentsexecutoren geschehend erschienen sei, und der Wilhelm H. hienach thatsächlich nur den Pflichttheil bekommen haben würde, läßt sich nicht halten, weil die Testatrix — wenn sie den Wilhelm H. als Erben auf ⅕tel mit der Verpflichtung, die Hälfte wieder an die Miterben abzugeben gedacht hat — nicht füglich des Glaubens gewesen sein kann, sein Curator werde die zu restituirende Hälfte thatsächlich gar nicht erhalten. Demnach muß die in der vorigen Urthel vertretene Ansicht, daß die fragliche Bestimmung des Codicills eine unzulässige partielle **ademtio hereditatis** sei, auch nach wiederholter Prüfung als die richtige erkannt werden.

6. Ob das erste Codicill, indem es die Verwaltung des **eventualiter** zu Restituirenden bis zum 25sten Lebensjahre des Erben den Testamentsvollstreckern beläßt, die Sicherung des Fideicommisses vor Augen hatte, kann dahin gestellt bleiben, da das zweite Codicill von der Verfügung abgeht und einen Specialcurator zur Verwaltung des Erbtheils des Minderjährigen ernennt. Ein solcher Curator wird nur dem Curanden verpflichtet, und durch seine Einsetzung wird den Fideicommissaren keine Sicherheit geboten. So wie die Bestimmung also nur zur Ausschließung des väterlichen Administrationsrechts getroffen sein kann, so hat sie mit dem Tode des Vaters ihre Bedeutung verloren, und die Fideicommissare haben, wenn ihnen für den eventuellen Restitutionsfall Sicherheit geleistet wird, nicht das geringste Interesse daran, daß das Vermögen nicht an den Altersvormund des Erben, sondern nur an einen zu bestellenden Specialcurator desselben abgeliefert werde.

7. So wie nach diesen Bemerkungen, zu welchen für die Hauptfrage in jetziger Instanz allein noch Anlaß war, das vorige Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt werden mußte, so haben sich die Beklagten auch über ihre Verurtheilung in die Kosten der beiden vorigen Instanzen mit Unrecht beschwert. Denn die Moderation mit Rücksicht darauf, daß Kläger die Verhandlungen über die provisorische Einweisung in den Besitz unnöthig veranlaßt hat, ist in der **ratio 10** der vorigen Urthel ausdrücklich vorbehalten. Im Uebrigen drehte sich der Streit vorzüglich um den Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Erbtheils seines Curanden. Die Beklagten verweigerten solche unbedingt, und ohne sie von einer Caution, die nur ganz nebenbei zur Sprache kam, abhängig zu machen. Dieser Nebenpunct hat daher auf die Entscheidung über die Kosten keinen Einfluß, womit das eingeholte Erachten einverstanden ist.

Das Erkenntniß über die Kosten der Restitutions-Instanz bedarf unter diesen Umständen keiner besonderen Begründung.

57.

a. **Wesen der** exheredatio bona mente **nach gemeinem Rechte und nach den Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts Thl. 2 Tit. 1 Art. 24*).**

b. **Der Ehebruch der verheiratheten Tochter ist nach der** Nov. 115 cap. 3 **kein genügender Enterbungsgrund.**

c. **Die Codicillarclausel ist auch im Fall der Verletzung von Notherbenrechten wirksam.**

d. **Befugniß des pflichttheilsberechtigten Erben zum Abzug der** Quarta Trebellianica **neben dem Anspruch auf den Pflichttheil.** Mi. 571/1855.

Der Rentier X. zu Rostock hatte in seinem Testamente vom 10. November 1851 die beiden ehelichen Kinder seiner einzigen Tochter Ch. X., geschiedenen Y., als Erben seines bedeutenden Vermögens eingesetzt, die Tochter selbst aber bona mente exheredirt und nur mit dem Vermächtniß einer lebenslänglichen Rente von 1000 Thlrn. bedacht. Die auf die letzteren beiden Dispositionen bezüglichen Stellen des Testaments lauten also:

— — §. 2. Meine Tochter Ch. X., geschiedene Y., enterbe ich hiemit bona mente, wozu ich stadtrechtmäßig ohne Weiteres befugt bin, da ich meine Enkel zu Erben meines Nachlasses eingesetzt habe. Eventualiter aber führe ich an, daß ich diese Enterbung hauptsächlich deshalb verfügt habe, weil meine Tochter nach bestandener funfzehnjähriger Ehe sich zur Untreue gegen ihren Gatten hat verleiten lassen und in Folge dieses unerlaubten Umganges Mutter eines Kindes geworden, welches im Monat Mai dieses Jahres 1851 zu D. geboren und auf den Namen — — getauft ist. Sonach

*) Der Art. 24 cit. des Rostocker Stadtrechts lautet also:
„Hat Einer seine Kinder bona mente enterbet, und seine Kindeskinder zu Erben eingesetzet, so sollen die Kinder solches nicht anfechten, sondern selbiges zu halten schuldig sein."

kann ich meiner Tochter, die durch ihre Aufführung die Scheidung von ihrem Ehemanne und die Trennung von ihren leiblichen Kindern veranlaßt hat, eine Disposition über meinen Nachlaß in keiner Weise anvertrauen, da sie von den natürlichen Banden, welche sie an ihren Gatten und an ihre Kinder fesselten, losgerissen, eine solche Dispositionsbefugniß zum Nachtheile meiner rechtmäßigen Nacherben gebrauchen möchte, denen ich meine Verlassenschaft zuzuwenden für mein Recht und für meine Pflicht erachte.

— — §. 3. Meine Tochter Ch. hat mich durch ihren Fehltritt schwer gekränkt, doch will ich sie nicht unversorgt zurücklassen, und bestimme ich deshalb, daß ihr eine lebenslängliche jährliche Rente von 1000 Thlrn. Courant (Ein Tausend Thalern Courant) aus meinem Nachlasse gezahlt werden soll und zwar in halbjährlichen Raten **praenumerando** von dem ersten auf mein Ableben folgenden landesüblichen Antonii- oder Johannis-Termine angerechnet. Zur Sicherheit der Auszahlung dieses **annui** soll aus meinem Nachlasse ein Capital von 30,000 Thlrn. Cour. (Dreißig Tausend Thalern Courant) pupillarisch sicher belegt und die eingehenden Zinsen bis zur Höhe von 1000 Thlrn. Courant an meine Tochter in vorstehender Art ausgekehrt werden. — — — —

Außerdem ist aus dem Inhalte des Testamentes hervorzuheben, daß der Testator im §. 1 die Kinder, welche von seiner Tochter Ch. in einer anderweitigen rechtmäßigen Ehe geboren werden möchten, auf den Pflichttheil eingesetzt und denselben für den Fall ihres Sterbens während der Minderjährigkeit die beiden bereits vorhandenen ehelichen Enkelkinder, die Geschwister Y., substituirt hatte. Der im Mai 1851 geborenen unehelichen Enkelin war im §. 2 ein Vermächtniß von 1000 Thlr. ausgesetzt. Sodann werden noch mehrere andere Personen mit Vermächtnissen bedacht, im §. 7 Vormünder für die Verwaltung des den beiden Y.'schen Kindern hinterlassenen großen Erbvermögens bestellt und im §. 8 Bestimmungen über die Capitalisirung der von diesem Vermögen zu erwartenden Zinsenüberschüsse getroffen. Schließlich ist im §. 11 die Clausel hinzugefügt,

daß das Testament, falls es nicht als ein zierliches bestehen könne, als Fideicommiß, als Schenkung auf den Todesfall, als Codicill oder sonst auf die beste mögliche Weise aufrecht erhalten werden solle. — Nach dem Tode des Testators traten die Vormünder der beiden ehelichen Enkelkinder die Erbschaft an und setzten sich in deren gesammten Besitz. Dies veranlaßte die geschiedene Y. unterm 26. März 1854 mit einer Klage gegen die Vormünder ihrer beiden ehelichen Kinder vorzugehen, in welcher sie als einzige Intestaterbin ihres Vaters ihre Enterbung als nicht in Wahrheit **bona mente** erfolgt anfocht, die Rescission der vom Testator ausgesprochenen Erbeseinsetzung ihrer ehelichen Kinder beantragte, und die Verurtheilung der Beklagten zur Herausgabe des ganzen X.'schen Nachlasses nach einem rechtsbeständigen Inventar oder einer eidlichen Specification nebst sämmtlichen Nutzungen, so wie die Erstattung der Proceßkosten begehrte.

Excipiendo vertheidigten die Beklagten die Gültigkeit der Enterbung, welche den Anforderungen der **bona mens** entspreche, und überdies wegen des im Testamente angeführten Ehebruches und wegen des unkeuschen Lebenswandels der Klägerin nach **Nov. 115 cap. 3 §. 11** gerechtfertigt sei. Eventuell habe die Codicillarclausel des §. 11 des Testaments die Wirkung, daß die Erbeseinsetzung als Universalfideicommiß aufrecht erhalten werden müsse, und die Klägerin demzufolge nur den $^1/_3$ der Erbschaft betragenden Pflichttheil (unter Einrechnung ihrer **dos** und der legirten Jahresrente) würde behalten dürfen. Nach der Meinung einiger Rechtslehrer würde die Klägerin außerdem noch die Trebellianische Quart von $^1/_3$ der Erbschaft verlangen dürfen; dies Recht habe sie aber jedenfalls dadurch verloren, daß sie durch die Klage die Honorirten um das Fideicommiß zu bringen versucht habe.

In der Replik bekämpft die Klägerin neben dem sonstigen Vorbringen der Exceptionalen speciell die Berufung der Beklagten auf die Codicillarclausel, welche nur Mängel in der **Form** des Testaments heile, aber nicht dem Rechte eines Notherben

gegenüber nütze. Auch nimmt sie eventuell die **Quarta Trebellianica** außer dem Pflichttheil in Anspruch.

Nach eingegangener Duplik wies das Gericht erster Instanz unterm 12. März 1855 die Klägerin unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit der erhobenen Klage aus folgenden Gründen ab und zur Ruhe:

1. — — — — — — — — — — —

2. Das angefochtene Testament hat den formellen Erfordernissen des Notherbenrechts genügt. Klägerin findet in dem väterlichen Testamente **de publ.** 11. März 1854 §. 2 sich ausdrücklich enterbet, und zwar **bona mente, addita causa necessitateque judicii testatoris.** Die ehelichen nach Stadtrecht allein zur Intestaterbfolge im Nachlasse der Mutter berufenen Kinder sind vom Testator im §. 1 **l. c.** nach Vorschrift des Art. 24 Thl. 2 Tit. 1 des hiesigen Stadtrechts als Erben des großväterlichen Nachlasses eingesetzt worden. Es steht also nur der materielle Rechtsbestand der für die Klägerin gravirlichen letztwilligen Verfügung ihres Vaters zur Frage. Unbestritten ist übrigens, daß Klägerin das einzige eheliche Kind ihres Vaters sei, mithin dessen alleinige Intestat- und Notherbin.

3. Klägerin geht davon aus, daß ihre Enterbung nur nominell **bona mente** geschehen, materiell qualificire sie sich als **exheredatio poenae nomine.** Beklagte haben nun darauf Bezug genommen, daß das für die Enterbung im Testamente angegebene Motiv auch für letzteren Fall einen vollgültigen Enterbungsgrund enthalte. Sie folgern hieraus weiter, daß die Tochter nicht beschwert sei, wenn der Vater statt der härteren Form eine mildere gewählt habe; sei **Testator** zum **Majus** befugt gewesen, so gewiß auch zum **Minus.** Indessen **exheredationes non sunt adjuvandae, cfr. l. 19 D. de liberis** (28, 2); hat also der Testator nicht rein zur Strafe enterbt, so darf auch der von ihm getroffenen Verfügung eine anderweitige, ihrem Wesen nach völlig verschiedene Disposition nicht substituirt werden.

4. Die Ansicht der Beklagten, daß der Art. 24 Thl. 2 Tit. 1 des hiesigen Stadtrechtes die Erfordernisse der **bona mente exheredatio** vollständig erschöpfe, läßt sich nicht billigen. Pflichttheilsberechtigt ist nach der herrschenden Ansicht in der ersten Klasse der Intestaterbfolge nur der nächste Descendent; darf derselbe enterbt werden, so hat auch dessen weitere Nachkommenschaft auf seinen Erbtheil kein Anrecht, und der ganze Stamm ist von dem väterlichen resp. großväterlichen Erbe ausgeschlossen, cfr. Puchta, Pandecten 2te Auflage §. 488 und 493. Da nun Zweck der **bona mente exheredatio** die Erhaltung des Vermögens in der Familie ist, so hat das Stadtrecht ganz consequent als wesentlichen Prüfstein der **bona mens** die Erbeseinsetzung der Enkel desiderirt. Weiter wird man nicht gehen dürfen, weil sonst in der fraglichen Vorschrift eine wesentliche Aenderung des Notherbenrechtes dahin liegen würde, daß der Testator willkürlich statt des nächsten Descendenten dessen fernere Nachkommenschaft zu Erben einsetzen dürfe, eine Aenderung, welche, wenn beabsichtiget, gewiß geradezu wäre ausgesprochen worden.

5. Alles bleibt somit von der Entscheidung der Frage abhängig, ob die Motive des Testators für die angefochtene Disposition justificabel sind oder nicht.

Ein quellenmäßiger Fall liegt nicht vor; indessen nach der **communis opinio** ist die **exheredatio bona mente** auf diese Fälle nicht beschränkt, cfr. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars Thl. 37 pag. 452. Die Enkel sind eingesetzet, der Tochter ausreichende Alimente hinterlassen, und die Thatsache, welche Testator §. 2 l. c. anführt, ist außer Streit. Klägerin urgirt vorzüglich, daß die fragliche Verfügung nicht zu ihrem wahren Besten, sondern nur zum Vortheil ihrer ehelichen Kinder getroffen sei. Indessen kann diese Sachlage im vorliegenden Falle die Entscheidung nicht zu Gunsten der Klägerin wenden. Eben in solchen Fällen, in denen dem nächsten Descendenten die Vermögensverwaltung nicht anvertraut werden kann, wird die Vorsorge des Testators für die weitere Descendenz das in den Vordergrund tretende Motiv sein, wie

solches in der Hauptstelle dieser Lehre, der l. 16 §. 2 D. de cur. fur. (27, 10) verbis: „potuit et alias providere nepotibus suis“) sehr scharf hervorgehoben ist.

Gewichtiger ist der Einwand, daß aus einem unkeuschen Lebenswandel der Tochter kein Schluß auf die Unfähigkeit derselben zur ordnungsmäßigen Conservation des Vermögens gezogen werden könne. Erwägt man aber, daß Klägerin nach funfzehnjährigem Bestand ihrer Ehe und beim Vorhandensein erwachsener Kinder sich zum Ehebruch hat verleiten lassen, so hat sie darin einen hohen Grad von Leichtsinn documentirt. Sie läugnet weiter nicht, den geschlechtlichen Umgang mit ihrem Verführer fortgesetzt zu haben und ihm nach H. gefolgt zu sein. Wie sie nun demselben ihre fräuliche Ehre preisgegeben, und nach Lage der Sache ihre ganze Hoffnung darauf setzen wird, daß er sie nicht verlasse, so steht sie ihm moralisch gegenüber in solcher Abhängigkeit, daß sie dem Anscheine nach ihm gegenüber eine Selbständigkeit rücksichtlich ihres Vermögens nicht behaupten kann. An objectiven Gründen, welche den Testator mit Sorge für seine eheliche Descendenz und auch für die leibliche Existenz seiner Tochter erfüllen konnten, fehlt es daher keinesweges, in Zweifelsfällen aber tritt der Satz ein: **per omnia judicium patris sequendum est, l. 16 §. 2 D. l. c.** Aus diesem Grunde ist wie geschehen erkannt worden.

Auf Appellation der Klägerin reformirte das Oberappellationsgericht unterm 17. December 1856 — im Uebrigen die Abweisung des Anspruches derselben bestätigend — unter Compensation der Kosten der zweiten Instanz — dahin:

daß die Beklagten bei Strafe der Execution schuldig sind, der Klägerin binnen drei Wochen, unter Vorlegung eines rechtsbeständigen Inventars, die Hälfte des Nachlasses ihres Vaters, des wailand Rentiers X. zu R., mit allen von solcher Hälfte gezogenen Nutzungen, jedoch vorbehältlich der Liquidation über das in den Pflichttheil und die Quart der Klägerin Einzurechnende, herauszugeben, und die in erster Instanz erwachsenen Proceßkosten — mit Ausnahme der durch [2] und [3] veranlaßten Contumacial-Expensen, welche die Beklagten der Klägerin binnen

gleicher Frist und bei gleicher Strafe zu erstatten haben — compensirt werden.

Gründe.

1. Da das Rostocksche Stadtrecht Th. 2 Tit. 1 Art. 24 die Unanfechtbarkeit einer **bona mente** geschehenen Enterbung der Kinder geradezu ausspricht, so bietet die Streitfrage, ob dieselbe nach gemeinem Rechte bestehe, hier kein Interesse. Anderer Seits überhebt es aber nicht einer Untersuchung der **bona mens** und der Gründe, welche dieselbe herausstellen. Denn wenn es die Anfechtung einer Disposition verbietet,

> worin Einer seine Kinder **bona mente** enterbt und seine Kindeskinder zu Erben eingesetzt hat,

so hat das Verbot zwei Voraussetzungen, und es trifft schon der Fassung nach nicht zu, wo die eine oder andere fehlt. Das Gesetz nennt als Bedingung, unter welcher die Anfechtung einer **exheredatio bona mente** ausgeschlossen sein soll, die Einsetzung der Kinder des Enterbten; es hat also nicht eine jede Exheredation, wobei dieses gewahrt ist, für gültig erklärt, sondern nur die **bona mente** verfügte, und will hiebei die in solchem Falle natürlichen Ansprüche der Enkel zur Geltung bringen. Dieser Wortverstand ist um so mehr festzuhalten, als schon die Praxis solches Verlangen stellte, und auch das Deutsche Recht eine Enterbung der Kinder ohne hochwichtige Ursachen nicht zuläßt, der Art. 23 des Rostocker Stadtrechts a. a. O. aber wegen der Enterbung der Kinder auf das gemeine Recht verweist, und jede andere Auslegung ihr Notherbenrecht illusorisch machen würde. Wo — wie im vorliegenden Falle — unter Enterbung der Tochter, deren Kinder instituirt sind, die Exheredation als **bona mente** geschehen ausgegeben wird, bleibt mithin die Frage übrig, ob dieselbe auf diese Bezeichnung Anspruch hat.

2. Die Stellen, aus welchen die Praxis die Statthaftigkeit einer derartigen Enterbung entnommen hat, sind:

l. 3 §. 3 D. de usuris (22, 1).
l. 16 §§. 2, 3 D. de curatoribus furioso dandis (27, 10).
l. 18 D. de liberis et posthumis (28, 2).
l. 16 D. de bonorum possessione contra tabulas (37, 4).

l. 12 §. 2 D. de bonis libertorum (38, 2).
l. 47 pr. eodem.
l. 25 C. de inofficioso testamento (3, 28).

Hienach charakterisirt sie sich im Allgemeinen durch den Zweck, den der Testator vor Augen hatte.

Er will keine Bestimmung treffen, welche dem Notherben Nachtheile bringt, sondern eine solche, die dessen Interesse mehr wahrt, als die Einsetzung.

verb. l. 18 cit.: nec ut eis obsint, sed eis consulant,
l. 25 cit.: quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum.
l. 12 §. 2, l, 47 pr. cit.: non mala mente — non notae gratia.

Es müssen also Umstände und Verhältnisse gegeben sein, die zu der besonderen Erwägung auffordern, auf welche Weise für den Notherben am besten gesorgt werde, und das Mittel darf weder über seinen allgemeinen Zweck hinausgehen, noch das Maß überschreiten, welches die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles dictiren. Eine Ausschließung ohne anderweitige Zuwendung von irgend einem Belang legt die Verletzung des Notherben offen dar. Ebenso sieht man keine redliche elterliche Fürsorge, wenn nicht darauf Bedacht genommen ist, daß dem Ausgeschlossenen nach dem Wegfallen der, die Enterbung motivirenden Gründe das nachgelassene Vermögen werde, oder, wenn da, wo eine bedingte Einsetzung ausreichend war, diese unterblieb, oder in Fällen, wo dergleichen nicht anwendlich, nicht einmal die Kinder des Ausgeschlossenen so instituirt worden, wie es unbeschadet des erlaubten Zweckes der Disposition geschehen konnte.

3. Die allegirten Gesetze bestätigen in den Beispielen, welche sie anführen, das Gesagte durchgängig. Ueberall findet sich die den Umständen nach möglichste Berücksichtigung des Notherben, überall wird ihm gelassen, was unter den obwaltenden Umständen ihm zu Gute kommen kann. Das Minimum besteht in hinlänglichen Alimenten, womit sich der Verschwender (l. 16 §. 2 cit.) zufrieden geben muß, wenn seine Kinder rein oder für den Fall der Emancipation instituirt sind. Wo das

Bedürfniß nicht bis zur Beschränkung auf die Alimente geht, werden andere Wege eingeschlagen. Wir sehen bei der Enterbung eines furiosus oder impubes fideicommissarische Verfügungen, welche ihm nach seiner Genesung resp. Mündigkeit die Restitution der Erbschaft sichern,

l. 18 cit., l. 12 §. 2 cit.,

und wenn die Besorgniß in der Qualification des Vaters oder Großvaters, in dessen potestas sich der Notherbe befindet, wurzelt, so wird dahin Maß gehalten, daß Letzterer unter der Bedingung der Emancipation entweder eingesetzt, oder die Erbschaft als Fideicommiß hinterlassen wird.

l. 16 (37, 4) cit., l. 25 C. cit.

womit zu vergleichen

l. 16 (27, 10) cit., und
l. 33 §. 1 C. cit. tit. (3, 28).

So ist stets der Weg, den eine treue Gesinnung zu wählen hat, betreten, stets das gelindeste Mittel zur Erreichung des Zweckes ergriffen, und dem Enterbten möglichster Ersatz gewährt. Man vergleiche hierüber uud überhaupt über das Thema

Mühlenbruch in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars, Bd. 27 S. 391 ff.
Sintenis, practisches Civilrecht, Bd. 3 §. 197 lit. b. S. 635 f.

4. Als Gründe, welche den Erblasser bestimmen können, sind in den Quellen beispielsweise genannt: Impubertät, Wahnsinn, Verschwendung des Notherben, und das verschwenderische oder sonst besorgliche Leben seines Hausvaters. Die gemeine Meinung hält, da hier nur Beispiele gegeben werden, mit Recht ähnliche Gründe für anwendlich, und die Praxis rechnet dazu entschieden große Ueberschuldung des Notherben.

Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Bd. 38 nr. VIII. §. 1.
Berger, oeconomia juris, lib. 2 tit. 4 §. 14 not. 3.
Leyser, meditationes, spec. 358 nr. II.
G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle. Bd. 1 nr. 31, S. 427.
J. H. Böhmer, consultationes, tom. II. prt. 1 resp. 672 und p. 2 resp. 853.
Hofacker, principia juris, prt. 2 §. 1702.
Pufendorf, observatio 192 §. 3.

Voet, comment. ad Pandectas, lib. 5 tit. 2 §. 22.
Glück, Commentar, Bd. 7 S. 257.

Ferner sind nach

Huber, praelectiones ad Pandectas, lib. 5 tit. 2 §. 19,

als verwandte Fälle anerkannt: die Enterbung der Tochter, damit ihr verschwenderischer Ehemann die Güter nicht vergeude, unter Einsetzung ihres Kindes mit der Verpflichtung der Restitution, wenn es ohne Descendenz sterbe; sowie die Enterbung einer Tochter von besonders schwachem Verstande, in der Besorgniß, daß lediglich ihr Vermögen einen Bewerber heranlocken werde (welchen Fall auch **Ayrer, de jure parentum legitimam liber. bona mente gravandi §§. 27 u. 28** bespricht); wogegen die Enterbung des Sohnes, damit die Schwiegertochter an dem Vermögen nicht participire, verworfen wurde, weil die Verfügung nicht zum Besten des Sohnes, sondern aus Haß gegen die Schwiegertochter getroffen sei.

Aus allen solchen Beispielen leitet Glück a. a. O. den allgemeinen Satz ab, daß eine gutgemeinte Enterbung die Gefahr fordere, der Notherbe würde, wenn ihm die Erbschaft hinterlassen werde, entweder durch sein eigenes Betragen oder durch das Verfahren Anderer gegen ihn darum kommen.

5. Die Nothwendigkeit, daß der Testator seinen Grund für die Vermögens-Entziehung angebe, aus der Natur der Sache und auf Grund der **l. 16 §. 2 (27, 10) cit., l. 3 §. 3 (22, 1) cit.** und **Nov. 115 cap. 3** in Uebereinstimmung mit der gemeinen Lehre festzustellen, ist hier unnöthig, da der Testator den Grund angegeben hat, und die weitere Entwickelung dem Richter freisteht.

6. Im §. 2 des am 10. November 1851 errichteten Testaments fügt nämlich der Vater seiner Erklärung, er enterbe seine Tochter **bona mente**, hinzu, daß dies hauptsächlich deshalb geschehe, weil sie nach bestandener funfzehnjähriger Ehe sich zur Untreue gegen ihren Gatten habe verleiten lassen, in deren Folge sie im Mai 1851 zu D. von einer Tochter — — entbunden sei, und er sonach seiner Tochter, die durch ihre Aufführung die Scheidung von ihrem Ehemanne und die Trennung von

ihren leiblichen Kindern veranlaßt habe, eine Disposition über seinen Nachlaß in keiner Weise anvertrauen könne, da sie — von den natürlichen Banden, welche sie an ihren Gatten und an ihre Kinder fesselten, losgerissen — eine solche Dispositionsbefugniß zum Nachtheil seiner rechtmäßigen Nacherben gebrauchen möchte, denen er seine Verlassenschaft zuzuwenden für sein Recht und seine Pflicht erachte.

Das Thatsächliche ist unbestritten. Weiter ergiebt sich aus den Parteivorträgen, daß der Ehebruch stattgefunden mit dem hier früher wohnhaften Kaufmann Z. im Monate September 1850, wo Klägerin sich zum Gebrauche des Seebades in D. aufgehalten, so wie, daß die uneheliche Geburt am 26. Mai 1851 und die Ehescheidung am 2. August 1851 aus Landesherrlicher Machtvollkommenheit erfolgt ist.

Der Testator wollte indessen (cfr. §. 3 des Testaments) seine Tochter, ungeachtet sie ihn durch ihren Fehltritt schwer gekränkt, nicht unversorgt zurücklassen und setzte ihr deshalb eine lebenslängliche jährliche Rente von 1000 Thlrn. Cour. aus.

Als seine alleinigen Erben ernannte er die beiden Kinder aus der geschiedenen Ehe seiner Tochter, so wie diejenigen Kinder, welche von derselben in einer anderweitigen rechtmäßigen Ehe annoch geboren werden sollten, jedoch beschränkte er Letztere auf den Pflichttheil und substituirte ihnen, wenn sie in ihrer Minderjährigkeit sterben möchten, die beiden erstgedachten Kinder.

7. Diese Enterbung kann als **bona mente** verfügt nicht aufgefaßt werden. Denn es fehlt an einem Grunde, welcher eine Exheredation zum Besten der Tochter zu empfehlen irgend geeignet war.

Der Testator geht aus von der Untreue derselben gegen ihren früheren Ehemann. Dieses Vergehen aber läßt, selbst in Verbindung mit der dadurch, unter Trennung von den ehelichen Kindern, veranlaßten Scheidung, nicht entfernt einen Schluß darauf zu, daß Klägerin zur ordentlichen Verwaltung ihres Vermögens unfähig sei, wie denn auch der Testator dergleichen nicht gemeint hat.

Die Vermuthung der sententia a qua, daß Klägerin durch Preisgebung ihrer fräulichen Ehre und spätere Fortsetzung des geschlechtlichen Umganges mit dem Verführer moralisch in eine solche Abhängigkeit von demselben gerathen sei, daß sie dem Anscheine nach ihm gegenüber eine Selbständigkeit rücksichtlich ihres Vermögens nicht zu behaupten vermöge, hat theils bei der Unbekanntschaft mit den Persönlichkeiten keine solche Begründung, daß man auch nur von einiger Wahrscheinlichkeit sprechen kann, da eben so gut möglich bleibt, daß Klägerin sich einen festen Willen bewahrt. Theils würde der Einfluß des Verführers auf sie nur dann Beachtung verdienen, wenn zugleich dargelegt werden könnte, daß er denselben zu ihrem Nachtheile mißbrauchen werde. Dafür sind aber Anhaltpunkte gar nicht gegeben.

Z. betreibt unbestritten ein kaufmännisches Geschäft, und es wird ihm weder in Ansehung desselben, noch hinsichtlich seiner Vermögensverwaltung und seines Charakters irgend ein Vorwurf gemacht. Somit rechtfertiget die begangene Sünde nicht die Annahme, daß er die Geliebte noch weiter in's Elend stürzen werde.

Auch der Testator hat Solches gar nicht angedeutet. Er fürchtet nur, daß Klägerin, da sie von ihrem Gatten und ihren Kindern durch ihr Verschulden losgerissen sei, ihre Dispositions-Befugniß zum Nachtheil seiner rechtmäßigen Nacherben gebrauchen möchte. Aber gegen gesetzwidrige Benachtheiligungen der Kinder aus der früheren Ehe schützen die Gesetze. In erlaubten Dispositionen das Kind zu Gunsten der weiteren Descendenz zu beschränken, steht dem Vater in gewissem Maße zu. Was darüber hinausliegt, darüber muß er seinem Kinde freie Hand lassen, und er darf nicht aus Vorliebe für die Enkel, und in dem Wunsche, diesen das ganze Vermögen zu conserviren, dem Kinde die Disposition über Das nehmen wollen, was diesem gesetzlich gebührt. So wie sein Wille, die Tochter in Rücksicht auf die Enkel in dieser Disposition zu beengen, ein an sich rechtlich unerlaubter ist, so kann auch der Besorgniß,

daß die Tochter über ihr Erbe zum Nachtheil ihrer Kinder verfügen werde, kein rechtlicher Einfluß eingeräumt werden.

Sagt man — wie es die von den Beklagten angezogenen Erkenntnisse des Lübecker Oberappellationsgerichts in Hamburgischen Rechtssachen, Bd. 1 nr. 80 S. 817 allerdings thun, jedoch nur zur Begründung der Entscheidung, aus dem Wesen der **exheredatio bona mente** folge nicht, daß die dem Enterbten ausgesetzten Einkünfte von seinen Gläubigern nicht angegriffen werden dürften — sagt man, die Gründe der **exheredatio bona mente** beständen in den meisten Fällen nicht in der Fürsorge für den Enterbten, sondern für dessen Descendenten, und es stehe dem Testator frei, bei der **exheredatio bona mente** vorzugsweise das Beste der Letzteren zu bezwecken, so kann damit nur gemeint sein, daß der Testator da, wo Veranlassung zu solcher Enterbung geboten sei, neben derselben meistens vorzugsweise das Interesse der Descendenz des Enterbten in's Auge fasse, nicht aber, daß die Fürsorge für diese zu der Enterbung berechtige.

Es giebt kein Recht der Eltern, das Kind aus Liebe zum Enkel oder zur Erhaltung des Vermögens in der Familie auszuschließen, sondern nur die Pflicht, dem Enkel zuzuwenden, was dem Kinde in guter Absicht entzogen wird. Der Verstorbene scheint dies verwechselt zu haben.

8. Erschiene aber auch die Besorgniß des Erblassers begründet, und er zu einer vorbeugenden Maßregel befugt, so würde doch verlangt werden müssen, daß diese nicht über den Zweck hinausgehe. Alles Weitere ist mit der **bona fides** und einer wahrhaft väterlichen Gesinnung nicht verträglich. Der Testator hat aber seiner Tochter nicht bloß die Disposition über den Nachlaß, sondern sogar die Früchte desselben bis auf einen verhältnißmäßig geringen Theil entzogen, und zwar — nach §. 6 des Testaments — lediglich zur Ansammlung und Vergrößerung des bedeutenden Vermögens, in welches die beiden Tochterkinder zu Erben instituirt sind. Mag auch die der Klägerin legirte Jahresrente zu ihrem nothdürftigen Unterhalte ausreichen, so steht doch das Vermächtniß in keinem Verhältnisse

zu dem nachgelassenen großen Vermögen, und es muß geradezu als Lieblosigkeit gegen die Tochter erscheinen, wenn der Vater es über sich gewinnen konnte, die weitern Aufkünfte zu neuen Kapital-Ansammlungen während der Minderjährigkeit der Erben zu bestimmen. Erwägt man, daß bei Einsetzung der Tochter auf den Pflichttheil und ihrer beiden ehelichen Kinder auf das Uebrige jedem derselben ein so großes Vermögen zu Theil ward, daß eine weitere Fürsorge für sie jedenfalls entbehrlich war, so sieht man klar, wie der Vater ganz allein durch Vorliebe für die Enkel und Abneigung gegen die Tochter geleitet wurde. Dies bestätiget sich auch darin, daß die Kinder, welche von Letzterer in einer anderweitigen rechtmäßigen Ehe geboren werden möchten, nicht zu gleichen Theilen mit den lebenden Enkeln, sondern nur auf den Pflichttheil eingesetzt, und ihnen, wenn sie in ihrer Minderjährigkeit sterben sollten, Letztere substituirt worden sind.

9. Kann demnach die Enterbung als **bona mente** nicht zu Recht bestehen, so fragt sich weiter, ob sie nicht als eine **notae causa** aufrecht zu erhalten sei. Die Enterbung ist bestimmt ausgesprochen, die Ursache ist beigefügt. Irrte der Erblasser in dem Ausdrucke „**bona mente**", so ist dies irrelevant. Es kommt nur auf die Sache, also darauf an, ob der angeführte Enterbungsgrund Anerkennung findet.

10. Justinian hat in **Nov. 115 cap. 3** die Fälle specialisirt, in welchen eine zur Ausschließung der Kinder geeignete **ingratitudo** zu erblicken sei. Nur diese **causae** sollen zur Enterbung berechtigen, und es ist untersagt, aus anderen Gesetzen weitere Fälle heranzuziehen.

Der alte Streit darüber, ob diese **causae** einer extensiven Interpretation unterliegen, wird noch jetzt in der Wissenschaft fortgesetzt.

Glück, Commentar, Bd. 7 S. 248—255 und die dort citirten Schriften.

Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 230 ff.

Francke, Recht der Notherben, S. 412 ff.

Mayer, Erbrecht, §. 103.

Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars, Th. 37, S. 176 ff.
Vangerow, Leitfaden, Bd. 2 §. 484 S. 300.
Sintenis, a. a. O., Bd. 3, S. 633.

Justinian giebt concrete Fälle, damit das Recht fest werde. Er fixirt die allgemeine Grundregel auf gewisse Fälle und will im Uebrigen von derselben abstrahirt wissen. Damit ist freilich nicht vorgeschrieben, daß genau der buchstäbliche Inhalt zutreffe; man bleibt auch beim Wortverstande stehen, wenn man darunter Fälle bringt, die von den ausgedrückten zwar den Worten nach abweichen, jedoch der Sache nach mit ergriffen werden. Aber jeder analogen Ausdehnung steht der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers und der Zweck seiner Bestimmung entschieden entgegen.

Mühlenbruch a. a. O.
Kierulff, Theorie, S. 33 not. **
Savigny, System, Bd. 1 S. 237 not. m.
Puchta, Pandecten §. 493 S. 656 ad not. f.

11. Die Beklagten finden den vom Testator angeführten Enterbungsgrund im §. 11 der citirten Novelle. Vgl. auch das Hamburger Stadtrecht, Thl. 3 Tit. 1 Art. 29.

Klägerin ist von Z. verführt worden, als sie sich in D. ohne ihren Mann aufgehalten und hat in Folge dieses Umganges in D. eine Tochter zur Welt gebracht. Die Vorwürfe, welche ihrem späteren Betragen von den Beklagten gemacht werden, sind zu übergehen, weil der Testator sich nicht auf dergleichen, sondern lediglich auf den Ehebruch und die erfolgte Scheidung berufen hat.

Allerdings haben einige Rechtslehrer die Ansicht, daß schon eine außereheliche Schwängerung die Enterbung begründe.

Voet, comment. lib. 5 tit. 2 §. 26 in fin.
Glück a. a. O. S. 241.
Francke, a. a. O. S. 408.

Andere widersprechen dem aber bestimmt:

Böhmer, consultationes, tom. II. prt. 1 resp. 535.
Mühlenbruch a. a. O. S. 161.

Sintenis a. a. O. S. 632.
Holzschuher, Theorie, Bd. 2 S. 695.

und noch Andere halten die Vorschrift nur dann für anwendlich, wenn die Tochter **meretrix** geworden, **meretricis more** lebe,

Gothofred. ad Novell. 115 cap. 3.
Lauterbach, collegium Pandectarum, lib. 5 tit. 2 §. 15.
Günther, principia juris Romani, tom. II §. 746 nr. 14.

Die Meisten bedienen sich allgemeiner Ausdrücke.

Das Gesetz hat die Bedingung: **si luxuriosam vitam degere elegerit**, und mag damit auf gewerbmäßige oder doch andauernde schamlose (**cfr. l. 11 §. 2 C. de repudiis** (5, 17) Ausschweifung, auf ein der Wollust ergebenes Leben hinweisen, was in der **l. 19 C. de inofficioso testamento** (3, 28)

verb.: quod (scil. filia) turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit,

in Beihalt **l. 41 pr. D. de ritu nuptiarum** (23, 2), so wie in der unmittelbaren Folge auf den Indignitätsgrund, daß der Sohn das Gewerbe der Arenarien oder Mimen fortgesetzt betreibt (**cfr. l. 11 C. cit. tit.**) — indem wir hier wie dort Gewerbe sehen, an deren Betrieb die **infamia** geknüpft ist — Unterstützung finden kann.

Wie dem aber auch sei, jedenfalls lassen die Worte große Bedenken dagegen übrig, daß Justinian schon an den Fall der Tochter das Ausschließungsrecht hat knüpfen wollen. Nimmt man Letzteres dennoch an, so darf man um so weniger vergessen, daß das Gesetz nur gegen die unverheirathete Tochter oder Enkelin den Enterbungsgrund geltend macht, und Solches aus dem Gesichtspunkte der Impietät gegen die Eltern oder Großeltern thut, weshalb der Fall besonders betont wird, daß die Sünderin die von den Eltern gewünschte anständige Verheirathung verschmäht hatte. Durch ein solches Betragen spricht die Tochter den Eltern und des Hauses Zucht und Sitte offen Hohn und ihre **ingratitudo** tritt stark hervor. Von einem Ehebruche der verheiratheten Tochter läßt sich dieses nicht behaupten, jedenfalls trifft es lange nicht in gleichem Maße zu. Allerdings ist das **adulterium** ein schwereres Verbrechen

derſelben Gattung, wie das **stuprum.** Es wird jedoch nicht gegen die Eltern begangen.

Die Ehefrau iſt aus dem elterlichen Hauſe, und mit dem Uebergange in das Haus des Mannes aus der elterlichen Erziehungsgewalt geſchieden. Ihre Unkeuſchheit trifft nicht mehr das elterliche Haus, und das Strafamt der Eltern hat aufgehört. Das **adulterium** verletzt nach Römiſchem Rechte nur das **jus thori** des Mannes,

Marezoll, Criminalrecht §. 161,

und es kommen dabei (**cfr. l. 13 §. 5 D. ad legem Juliam de adulteriis, 48, 5**) Erwägungen in Betracht, welche den Eltern unzugänglich ſind. Bei ſolcher Verſchiedenheit der Fälle iſt die Erweiterung des Geſetzes auf den Ehebruch der verheiratheten Tochter unzuläſſig, und demnach die Einrede zu verwerfen.

12. Da es dem Teſtamente ſomit an einer zutreffenden Enterbungsurſache fehlt, ſo wird daſſelbe nach der **Nov. 115 cap. 3 in fin., quantum ad institutionem heredum pertinet,** entkräftet und die Tochter gelangt zur Erbſchaft des Vaters **tanquam ab intestato.** — Das Klagegeſuch ſteht hiemit in Uebereinſtimmung, und der Beſitz der Erbſchaft Seitens der Beklagten für ihre zu Erben eingeſetzten Curanden iſt zugeſtanden.

13. Gegen die demgemäße Verurtheilung haben Beklagte **eventualiter** eingewandt, daß vermöge der Codicillarclauſel die Erbeinſetzung als Univerſalfideicommiß zu behandeln ſei.

Im §. 11 des Teſtaments hat nämlich der Erblaſſer verordnet, daß daſſelbe, wenn es als ein zierliches nicht beſtehen ſollte, doch als Fideicommiß, als Codicill oder ſonſt auf die beſte mögliche Weiſe bei vollen Kräften und aufrecht erhalten werden ſolle.

Gegen die von den Beklagten verlangte Behandlung der eingeſetzten Erben als Fideicommiſſare bemerkt Klägerin, daß die Codicillarclauſel nur Formmängel reparire, nicht aber ein, ſeinem Inhalte nach ungültiges Teſtament, und namentlich nicht gegen das Recht der Notherben nütze.

Allein das Erste ist, wie jetzt allgemein anerkannt wird, entschieden falsch, und wenn auch für das Andere den Beklagten bedeutende Auctoritäten (zum Theil gestützt auf das von ihnen angewandte Inofficiositäts- oder gemischte System) zur Seite stehen, so haben sich doch eben so wichtige Stimmen dagegen erklärt, und ist die neuere Praxis schwankend geblieben. Man vergleiche über die verschiedenen Meinungen:

einer Seits:

Puchta, Pandecten §. 493 und §. 534 not. i.
Mühlenbruch, Pandectenrecht §. 686, und in der citirten Fortsetzung Thl. 35, S. 364—374, Thl. 37, S. 368 ff.
Fein, in derselben Fortsetzung Thl. 45 S. 322 ff.,

anderer Seits:

Berger, oeconomia juris lib. 2, tit. 14 §. 36 nr. 1.
Huber, praelectiones ad Institut. lib. 2 tit, 24 nr. 5.
Wernher, observationes, prt. I. observ. 279

(welche sämmtlich die Wirksamkeit der Clausel als die gemeine in den Gerichtshöfen angenommene Doctrin bezeichnen)

Hellfeld, opera minora, opuscul. 18 nr. 26.
Voet, commentar. lib. 5 tit. 2 §. 14.
Pufendorf, observationes, tom. I. observ. 192 §. 1.
Fratres Becmann, consilia et decisiones prt. I. pag. 470.
Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 S. 251 ff.
Francke, a. a. O. §. 33 S. 417.
Vangerow, a. a. O. Bd. 2 §. 527 Anm. 2.
Sintenis, a. a. O. Bd 3 §. 208 S. 707 Anm. 10.
Degener, in der Zeitschrift für Civilrecht Bd. 18 S. 403 ff.

Entscheidend ist, daß die **Nov. 115 cap. 3** nur die Erbeinsetzung entkräftet, die in dem rescindirten Testamente hinterlassenen Legate und Fideicommisse aber bei Bestand läßt. Es kann daher gegen die Wirksamkeit der Clausel nicht aus den Bestimmungen des älteren Rechts, welche die Vermächtnisse mit umstoßen, argumentirt werden. Damit fällt die hauptsächlichste Stelle, die **l. 36 D. de legatis III.** (32), welche, auf den **color insaniae testatoris** fortbauend, consequent die Legate

für nichtig erklärt. Justinian, der das Gegentheil anordnete, konnte den Testator nicht mehr als quasi furiosus ansehen.

Die weiter angezogene l. 13 D. de inofficioso testamento (5, 2) bestätiget die Wirksamkeit der Clausel, wo sie nicht quasi a demente beigefügt worden. Die l. 2 D. de legatis III. handelt von einem präterirten usus, wovon hier nicht die Rede ist, und die L. 31 C. de fideicommissis (6, 42) hat gleichfalls eine Präterition zur Voraussetzung, und geht davon aus, daß dem Sohne Nichts hinterlassen worden.

In Ermangelung einer zutreffenden speciellen gesetzlichen Ausnahme muß es bei der Regel bleiben, daß die Codicillar-Clausel ein Testament, quod jure non subsistit, rite non valet, in codicilli ab intestato und die Erbeinsetzung in ein Universalfideicommiß verwandelt. Da nun streitlos der Notherbe in einem Codicille mit der Restitution der Erbschaft belastet werden darf, wobei ihm nur der Abzug des Pflichttheils und der Quart freisteht, so ist davon hier Anwendung zu machen, und kann den besitzenden Beklagten, insoweit sie vermöge der fideicommissarischen Disposition sofortige Restitution zu verlangen berechtigt sind, die Herausgabe des Nachlasses an die Klägerin nicht auferlegt werden.

14. Der Fiduciar-Erbe darf nach

cap. 16 und 18 X. de testamentis (3, 26),

wenn er zugleich Notherbe ist, den Pflichttheil und die quarta Trebellianica abziehen. Dies ist, wenn ein Kind des Testators mit dem Universalfideicommisse beschwert wird, jetzt als streitlos anzusehen.

Ein Fall der Unstatthaftigkeit des Abzuges der Quart liegt nicht vor. Denn der von den Beklagten angeführte Umstand, daß Klägerin es zur gerichtlichen Entscheidung über das Dasein einer fideicommissarischen Verfügung hat kommen lassen, macht sie nicht zu einer beneficio legis Falcidiae indigna, quae id agit, ut fideicommissum intercidat. Diese Worte der l. 59 pr. D. ad legem Falcidiam (35, 2) passen am wenigsten auf einen bona fide geführten Streit (cfr. l. 68 §. 1 eod. nach der Lesart der Florentina), sondern verlangen dolose

Handlungen zur Vereitelung der Dispoſition, z. B. Unterſchlagungen,

l. 24 pr. eod., l. 6 D. de his quae ut indign. (34, 9).

15. Klägerin iſt das einzige Kind des Teſtators. Ihr Pflichttheil beträgt alſo ein Drittheil des Nachlaſſes. Von den übrigen zwei Drittheilen kommt ihr die Quart zu. Beides zuſammen macht die Hälfte des Nachlaſſes. So erhält ſie die **legitima** als **debita jure naturae** unbelaſtet, und werden ihr, nachdem der Pflichttheil, gleich einer auf dem Nachlaſſe haftenden Schuld, vorweg abgezogen worden, in Anſehung der übrigen zwei Drittheile ganz dieſelben Rechte eingeräumt, die ein darauf eingeſetzter **extraneus**, wenn ihm die Reſtitution aufgegeben wäre, gehabt haben würde. Man vergleiche hierüber:

die Gloſſe zum cap. 18 cit., verbis: „licet ipsas non expresserit,“
Cujacii observationes, lib. 8 cap. 3,
Donelli commentar. lib. 7 cap. 30 §. 17,
Voet, cit. lib. 5 tit. 2 nr. 14,
Lauterbach, collegium Pandectarum lib. 36, tit. 1 nr. 34,
Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts, Bd. 3 Buch 5, §. 226.
Göſchen, Vorleſungen Bd. 3 §. 1071 Nr. 2.

16. Das der Klägerin ausgeſetzte Legat hat jedoch daneben keinen Beſtand. Mit den übrigen Vermächtniſſen iſt die Klägerin nicht beläſtigt, ſie bleiben alſo auf der Hälfte des Nachlaſſes ruhen, welche ihren ehelichen Kindern zu reſtituiren war und von denſelben jetzt zurückbehalten werden darf.

Darüber, was Klägerin in die ihr gebührende Portion einzurechnen hat, muß die Liquidation und **eventualiter** Entſcheidung vorbehalten bleiben, weil die Verhandlungen hierüber nicht bis zur Spruchreife gediehen ſind.

17. Die Herausgabe geſchieht mit allen Nutzungen, welche die Beklagten von dem Erbtheile der Klägerin bis dahin gezogen haben, und dient, da Beklagte angegeben, daß über den Nachlaß ein Inventarium errichtet worden, dieſes zur Grundlage.

Demgemäß ſind die Beklagten jetzt in der Hauptſache verurtheilt worden, wogegen die Koſten beider Inſtanzen — mit Ausnahme der durch [2] und [3] **prior.** veranlaßten Contumacial-

expensen — compensirt werden mußten, da Klägerin in beiden Instanzen wesentlich zuviel forderte.

Das von den Beklagten ergriffene Rechtsmittel der Restitution hatte, nachdem ein sich **pro confirmatoria** erklärendes Erachten von der Juristenfacultät zu Leipzig eingeholt worden war, das bestätigende und die Beklagten in die Kosten der dritten Instanz verurtheilende Erkenntniß vom 14. Dec. 1857 zur Folge, dessen Gründe also lauten:

1. Wenn Imploranten die Einwendungen, welche sie gegen die Richtigkeit des von ihnen angefochtenen Erkenntnisses erheben, nach verschiedenen Seiten hin durch die Behauptung zu stützen suchen, daß, wie das ältere Deutsche und insbesondere das Lübische Recht, so auch das Rostocksche Stadtrecht den Römischen Begriff der Universalsuccession und die daraus abgeleiteten Institute des Römischen Erbrechts nicht kenne, so kann dieser Versuch nur als ein verfehlter bezeichnet werden. Denn nicht nur hat das Rostocksche Stadtrecht Thl. I. Tit. 10 Art. 3 und Tit. 9 Art. 3, den im Revidirten Lübischen Rechte noch festgehaltenen Unterschied des Erbguts und des wohlgewonnenen Guts mit allen seinen rechtlichen Consequenzen vollständig beseitigt, und dadurch die Behandlung des Vermögens als einer gleichartigen Gesammtheit von Rechten und Pflichten, welche durch die Persönlichkeit ihres gemeinschaftlichen Trägers zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden, möglich gemacht: sondern es zeigt auch durch die Bestimmungen, welche es Thl. II. Tit. 2 Art. 56 über die Wirkung des Erbschaftserwerbes aufgestellt hat, daß es den Römischen Begriff der Universalsuccession, der **hereditas** und des **heres**, sich vollständig angeeignet hat, indem es den Erben, einerlei aus welchem Grunde er zur Erbfolge berufen ist, ohne alle Rücksicht auf den Bestand der Erbmasse für die Schulden des Erblassers zu voll verbindlich erklärt, es wäre denn, daß er die Erbschaft **cum beneficio inventarii** angetreten hätte, gleichwie es ihm denn auch eben mit Rücksicht hierauf das in gemeinen Rechten versehene **beneficium deliberandi** in dem nachfolgenden Art. 59 auf Erfordern gestattet.

2. Eben so zeigt auch eine Vergleichung der sich in ihrem Inhalte entsprechenden Titel 1 und 2 des zweiten Buches oder Theils des Revidirten Lübischen Rechts und des Rostockschen Stadtrechts, daß dieses Letztere bei allen seinen erbrechtlichen Bestimmungen nicht etwa das eigenthümliche Deutsche, sondern vielmehr das auf Römischer Grundlage ruhende gemeinrechtliche Erbrecht als seinen Ausgangspunct betrachtet und zur Voraussetzung hat, daher auch dasselbe durchweg so weit als geltend und anwendbar ansieht, als ihm nicht durch seine besonderen Satzungen derogirt ist. Und wenn auch die meisten derjenigen Modificationen, welche hiedurch das Römische Recht erfahren hat, gerade aus dem Lübischen Rechte entlehnt worden sind, insbesondere diejenigen, welche aus der besonderen Gestaltung des ehelichen Güterrechtes im weitesten Sinne sich ergeben, so ist doch auch hiebei das System des Römischen Erbrechts soweit immer thunlich festgehalten worden, und ein anderer, kaum weniger bedeutender Theil solcher Modificationen verfolgt sichtlich nur den Zweck, die Anwendung Römischrechtlicher Institute in einzelnen bestimmten Beziehungen näher zu regeln, insbesondere aber auch Zweifel und Streitigkeiten abzuschneiden, welche sich theils aus der weniger klaren Fassung einzelner Rechtsbestimmungen, theils aus dem Schwanken der zur Zeit der Abfassung des Stadtrechts herrschenden Theorie und Praxis hinsichtlich einzelner Fragen ergaben.

3. Was nun insbesondere die für den vorliegenden Rechtsfall in Betracht kommenden Institute des testamentarischen Erbrechts betrifft, so weis't zunächst schon der dem Rostockschen Stadtrechte völlig geläufige Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen, Erbschaften und Vermächtnissen darauf hin, daß dasselbe für den Begriff und das Wesen der ersteren Art von Verfügungen eine gehörige Erbeseinsetzung in dem Sinne erfordert, daß der ernannte Erbe dadurch wirklich zur Nachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses berufen wird. Der hierauf bezügliche Art. 28 Tit. 1 Thl. II. des Rostockschen Stadtrechts entspricht daher auch durch seinen Inhalt und seine Fassung in keiner Weise dem nur scheinbar ähnlichen Art. 12 Tit. 1 Buch II.

des Revidirten Lübischen Rechts, sondern ist sichtlich der l. 15 C. de testamentis (6, 23) entlehnt, deren Bestimmung er in abstracter Form einfach wiedergiebt. Und wie schon von hier aus der Anwendung der notherbrechtlichen Bestimmungen des Römischen Rechts Nichts entgegensteht, so erkennt auch das Rostocksche Stadtrecht Thl. II. Tit. 1 Art. 10 und 11 nicht bloß in gleicher Weise, wie das Lübische Recht Buch II. Tit. 1 Art. 5 und 6, die gänzliche oder theilweise Entkräftung des Testaments durch nicht darin berücksichtigte nachgeborne Kinder an, sondern hat auch die durch das Römische Recht aufgestellte Nothwendigkeit der Hinterlassung des Pflichttheils an die Kinder und Eltern des Erblassers im weitesten Umfange, zum Theil sogar über dessen Schranken hinausgehend, ganz ausdrücklich adoptirt, wie die Vergleichung der Art. 4 Tit. 9 Thl. I. Art. 21, 22, 25, 29 Tit. 1 Thl. II. und Art. 35, 43 Tit. 2 Thl. II. zeigt. Bei der ganzen Art und Weise, wie das Rostocksche Stadtrecht die erbrechtlichen Bestimmungen des Römischen Rechts zur Voraussetzung und zur Grundlage nimmt, läßt sich daher von vorn herein nicht füglich bezweifeln, daß es auch hinsichtlich der Form der Hinterlassung des Pflichttheils, wie der Ausschließung von demselben, die formellen und materiellen Erfordernisse des Römischen Rechts zur Richtschnur genommen wissen will. Zum Ueberfluß läßt sich aber auch hiefür noch eine bestätigende Andeutung finden, einmal in dem Art. 23 Tit. 1 Thl. II., welcher die gemeinrechtliche Controverse, ob auch in einem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern eine Enterbung zulässig sei, im bejahenden Sinne entscheidet, hinsichtlich dieser Enterbung selbst aber eben so auf die Ordnung der gemeinen Rechte verweiset, wie dies im vorausgehenden Art. 21 hinsichtlich der Berechnung des Pflichttheils geschieht; sodann in dem für den obschwebenden Rechtsstreit vorzugsweise normirenden Art. 24 ibid., welcher unter gewissen Modalitäten auch eine **exheredatio bona mente** für zulässig erklärt.

4. Wenn daher für irgend ein Particularrecht der sonst vielfach mißbräuchlich angewandte Grundsatz zutrifft: **statuta**

ex jure communi interpretanda esse, so ist dies ganz entschieden für das Rostockſche Stadtrecht in der hier in Betracht kommenden Materie der Fall. Wenden wir aber dieſe Auslegungsregel, ſowie die Ergebniſſe der im Voraufgehenden über das Verhältniß des Rostockſchen Stadtrechts zu dem gemeinen Rechte angeſtellten Unterſuchung auf den hier beſonders intereſſirenden, ſchon beregten Art. 24 an, ſo kann die Bedeutung deſſelben, wie ſie auch von der **sententia contra quam** aufgefaßt iſt, eben nur die ſein, daß dadurch einmal die **exheredatio bona mente** an ſich für zuläſſig erklärt, ſodann aber für dieſelbe bei dem Vorhandenſein von Kindern eines in ſolcher Weiſe zu enterbenden Kindes die Erbeseinſetzung dieſer als nothwendig vorgeſchrieben iſt. Denn nach beiden Seiten hin mußte den Verfaſſern des Stadtrechts von 1757 eine ausdrückliche Beſtimmung um deswillen als nothwendig oder gerathen erſcheinen, weil einmal die Frage, ob die in den Digeſten und dem Codex erwähnte Enterbung **non mala mente, non notae causa**, an ſich, wie in ihren beſonderen Modalitäten, mit den notherbrechtlichen Beſtimmungen der **Nov. 115 cap. 3—5** in formeller, wie in materieller Hinſicht noch verträglich ſei, ſich Jedem ſo unwillkürlich aufdrängt, daß der Zweifel an ihrer fortdauernden Geltung in Wahrheit nie geruht hat, und die Theoretiker, wie die Praktiker der vorigen Jahrhunderte die von ihnen angenommene Geltung des durch ſie unter dem Namen der **exheredatio bona mente** näher ausgebildeten Inſtituts faſt entſchiedener auf die Praxis, als auf den ihnen zweifelhaft erſcheinenden Inhalt des Römiſchen Rechts ſelbſt zurückführen; ſodann aber auch das Römiſche Recht in einer der hier einſchlagenden Entſcheidungen der l. 16 §. 2 **D. de curatoribus furioso** (27, 10), die Einſetzung der etwa vorhandenen Kinder des in guter Abſicht enterbten Kindes von Seiten des teſtirenden Großvaters zwar vorausſetzt, aber keineswegs als unumgängliches Erforderniß vorſchreibt, daher denn auch in der Theorie, wie in der Praxis Zweifel über die abſolute Nothwendigkeit einer ſolchen Einſetzung der Kinder des Enterbten aufgetaucht waren.

5. Indem das Rostockſche Stadtrecht das durch die Praxis anerkannte Inſtitut der **exheredatio bona mente** mit der bemerkten näheren Beſtimmung recipirte, hat es daſſelbe aber auch ganz unzweifelhaft in dem Sinne und in der Geſtaltung recipirt, in welchen die Praxis jener Zeit daſſelbe aufgefaßt und in welchen ſie das Weſen deſſelben näher beſtimmt und ausgebildet hatte. Dieſe hat aber, wie die geſammte Litteratur jener Zeit zeigt, von jeher ſtreng an dem Erforderniſſe feſtgehalten, daß durch eine ſolche Enterbung gerade das Wohl des von der Erbſchaft und dem Pflichttheile ausgeſchloſſenen Kindes ſelbſt bezweckt und deſſen Intereſſe gefördert ſein müſſe. Und wenn auch die Theorie wie die Praxis dieſer älteren Zeit in der Annahme und Geſtattung der Fälle, in welchen eine Enterbung aus guter Abſicht zuläſſig ſein ſollte und vorgegeben war, vielfach zu weit gegangen iſt, ſo wird man ſich doch vergeblich nach einem Ausſpruche oder einer Entſcheidung umſehen, durch welche eine Dispoſition, worin unter Hintanſetzung des pflichttheilsberechtigten Kindes ſelbſt deſſen gar nicht notherbberechtigte Kinder zu alleinigen Erben eingeſetzt waren, um deswillen für eine gerechtfertigte Enterbung in guter Abſicht erklärt wäre, weil der Teſtirer die Befürchtung geäußert, das ausgeſchloſſene Kind möchte ſeinen Nachlaß ſeinen weiteren Deſcendenten nicht ungeſchmälert zukommen laſſen. Es iſt daher auch überall nicht anzunehmen, daß in dem beregten Art. 24 die Verfaſſer des Rostockſchen Stadtrechts irgendwie von der Anſicht ausgegangen ſeien, es ſei für eine Enterbung **bona mente** ſchon genügend, wenn ein Erblaſſer unter dem Vorgeben, daß er eine ſolche beabſichtige, ſeine entfernteren Deſcendenten, mit Ausſchließung des näher ſtehenden, daher auch allein notherbberechtigten Kindes, durch Erbeinſetzung begünſtige.

6. Kann demnach die hier in Frage ſtehende angebliche **exheredatio bona mente** vom Standpuncte des Rostockſchen Stadtrechts Thl. II. Tit. 1 Art. 24 aus nicht ſchon um deswillen allein als eine ſolche betrachtet und aufrecht erhalten werden, weil der Erblaſſer die Kinder der enterbten Tochter zu Erben eingeſetzt hat, iſt vielmehr anzunehmen, daß das Stadt-

recht, indem es dieſe Einſetzung zum Erforderniſſe der Gültigkeit einer derartigen Enterbung machte, im Uebrigen den Begriff und das Weſen dieſer Dispoſition ſo, wie ſie gemeinrechtlich ſich feſtgeſtellt hatten, in keiner Weiſe zu verändern gedachte, ſo iſt nunmehr zu unterſuchen, ob jene Verfügung ihrer geſammten Tendenz und Wirkung nach den gemeinrechtlichen Anforderungen für die Gültigkeit einer ſolchen Enterbung genügt. Die entſcheidende Frage iſt hiebei aber eigentlich allein die, ob die von der älteren, gleichwie von der neueren Theorie und Praxis conſequent feſtgehaltene Anſicht, daß eine ſolche Enterbung gerade das eigene Beſte des ausgeſchloſſenen Kindes bezielen, und auch wirklich im wohlverſtandenen Intereſſe deſſelben geſchehen ſein müſſe, dem Inhalte unſerer Rechtsquellen entſpricht. Imploranten ſuchen nämlich die quellenmäßige Begründung dieſes Erforderniſſes mit Bezugnahme auf l. 16 §. 2 D. **de curatoribus furioso** (27, 10) zu beſtreiten, und, mit Berufung auf eine, dieſen Fall eben betreffende Aeußerung Francke's Notherbenrecht §. 34 S. 436 ff. und einen Ausſpruch des Lübecker Oberappellationsgerichts in der Sammlung von Erkenntniſſen deſſelben in Hamburgiſchen Rechtsſachen Bd. 1 S. 817, den Satz auszuführen, es ſei zum Rechtsbeſtande der **exheredatio bona mente** genügend, wenn ſie nur nicht zur Strafe des Enterbten, ſondern unter Fürſorge für deſſen Unterhalt nur überhaupt zum Beſten der Familie des Erblaſſers geſchehe; es werde daher Nichts weiter verlangt, als daß der Teſtirer durch den Geſammtinhalt ſeiner Dispoſition eine liebevolle Geſinnung gegen die Seinigen, als ſolche, bethätige. Allein, wie loſe auch immer die Umriſſe ſind, in welchen das Bild dieſer Art der Enterbung in den, von der **sententia contra quam** vollzählig aufgeführten, auf ſie bezüglichen Entſcheidungen unſerer Quellen mehr ſkizzirt, als vollſtändig ausgeführt iſt, ſoviel leuchtet dennoch aus ihnen allen hervor, daß es nur die wirkſame Fürſorge für den Enterbten ſelbſt iſt, wodurch allein ſie gerechtfertigt werden kann; und die l. 16 §. 2 D. cit. ſteht dem um ſo weniger entgegen, weil, wie der Zuſammenhang des §. 2 mit den §§. 1 und 3 zeigt, es ſich darin zunächſt um die

Fürsorge des Erblassers für den verschwenderischen Sohn selbst handelt, dessen Verhalten nach der Ansicht des Vaters die Anordnung einer **cura prodigi** um so dringender nothwendig gemacht hatte, als außerdem nicht bloß sein eigener Ruin, sondern auch der seiner Kinder zu befürchten stand, und zur Abwendung dieser gedoppelten Gefahr in dieser Stelle es dem Vater als ein, der Veranlassung einer solchen Curatel im Erfolge gleichstehendes, Auskunftsmittel bezeichnet wird, statt des unter Hinterlassung ausreichender Alimente zu enterbenden Sohnes, **addita causa necessitateque judicii sui**, dessen Kinder zu Erben einzusetzen. Dieser Ausweg wird hier also mit der Anordnung einer **cura prodigi** auf gleiche Linie gestellt. Und da Niemand bezweifeln kann, daß diese, wenn auch stets zugleich das Interesse der gesetzlichen Erben des Verschwenders, doch vorzugsweise dessen eigenes Interesse bezweckt, so läßt sich aus der eigenthümlichen Gestaltung dieses Falles gegen die gewöhnliche Auffassung der **exheredatio bona mente**, als einer zum eigenen Besten des Enterbten selbst gereichenden Verfügung, mit Francke, der die Geltung dieses Instituts selbst hiedurch zu bekämpfen sucht, nicht füglich der Einwand herleiten, der Zweck dieser Disposition sei gar nicht, das Beste des verschwenderischen Sohnes selbst zu befördern, sondern nur die Begünstigung der, gar nicht einmal pflichttheilsberechtigten Enkel. Und eben so wenig kann man, in weiterer Ausspinnung dieses Gedankens, mit dem angeführten Präjudiz des Lübecker Oberappellationsgerichts schlechthin sagen, das Wesen der **exheredatio bona mente** bestehe nur darin, daß sie nicht **in poenam** des Enterbten, sondern aus anderen triftigen Gründen unter Fürsorge für des Enterbten Unterhalt geschehe, und daß diese triftigen Gründe in den meisten Fällen nicht in der Fürsorge für den Enterbten, sondern für dessen Descendenten bestehen.

7. Diese herrschende Auffassung des Wesens der **exheredatio bona mente** wird aber nicht nur durch die einzelnen maßgebenden Aussprüche und Entscheidungen unserer Rechtsquellen gerechtfertigt, sondern entschiedener noch durch den ganzen

Geist und Zweck des Notherben- und Pflichttheilsrechts selbst unterstützt und getragen. Der Notherbe hat dem Erblasser gegenüber ein Recht auf die Erbeseinsetzung, wie auf die Hinterlassung des Pflichttheils. Dieses Recht kann ihm nicht willkürlich entzogen und geschmälert werden, sobald er es nicht durch sein eigenes Verhalten gegen den Erblasser in bestimmter Weise verwirkt hat. Außerdem kann der Vorwurf der Lieblosigkeit und pflichtwidriger Gesinnung, welcher bei einer Enterbung den Notherben ohne Weiteres zur Umstoßung des Testaments berechtigt, nur dadurch beseitigt werden, daß der Testirer durch den sonstigen Inhalt seines Testaments seine liebevolle Gesinnung gegen ihn selbst bethätigt, und ihm einen wirklichen Ersatz für das geboten hat, was er als sein Recht fordern konnte. Und daß die Aeußerung einer zärtlichen Fürsorge für die Kinder des Enterbten ebensowenig, als die Verfolgung anderweitiger guter Zwecke, ohne Weiteres eine liebevolle Gesinnung gegen den aus solchen Motiven ausgeschlossenen Notherben zu beurkunden, noch ihn für die Entziehung und Schmälerung seines Rechts zu entschädigen vermag, bedarf keiner näheren Ausführung. Daß es nun aber bei der hier in Rede stehenden sogenannten **exheredatio bona mente** nur auf die Begünstigung der eingesetzten Kinder der enterbten Tochter abgesehen war, und daß der Erblasser dabei bloß durch die, nicht das Beste der Tochter selbst, sondern ihrer Kinder im Auge habende, Befürchtung geleitet war, sie möchte durch die im Falle der Erlangung des väterlichen Nachlasses ihr rechtlich vollkommen freistehenden Verfügungen bewirken, daß derselbe ihren ehelichen Kindern dereinst nicht voll und unverkürzt zukomme, geht aus dem Inhalte der bezüglichen Bestimmungen des Testaments klar und unwiderleglich hervor. Und sollte auch im Hintergrunde der vom Erblasser ausgesprochenen Motivirung seiner Enterbung wirklich, wie die **sententia l.** angenommen zu haben scheint, die Befürchtung gelegen haben, die Klägerin könne durch die Abhängigkeit, in welche sie nach erfolgter Lossagung von ihrer Familie zu ihrem Verführer gerathen, in Beziehung auf ihre eigene vermögensrechtliche Selbständigkeit gefährdet, ja sogar

um das Ihre gebracht werden — wie es die Imploranten jetzt darzustellen suchen —: so hat doch weder der Erblasser selbst eine solche Befürchtung geäußert, noch haben die Imploranten auch jetzt nur solche Thatsachen angeführt und dargelegt, welche eine auch stadtrechtlich zulässige Anordnung einer **cura prodigi** über sie begründen und demgemäß auch eine im Erfolg dieser gleichartige Maßregel des Erblassers gegen sie hätten rechtfertigen können. Und so wenig eine so leise und fast unvernehmlich ausgedrückte Befürchtung des Erblassers **argum. l. 16 §. 3 D. de curatoribus furioso** (27, 10) eine obrigkeitliche Untersuchung über die wirkliche Nothwendigkeit einer darauf hin etwa testamentarisch angeordneten Curatel überflüssig gemacht haben würde, eben so wenig könnte sie dazu ausreichen, eine richterliche Prüfung des Rechtsgrundes einer im letzten Erfolge einer solchen Curatelbestellung gleichartigen **exheredatio bona mente** abzuschneiden. Daß diese aber eine solche Prüfung nicht besteht, ist, wie schon in der **sententia contra quam**, so im Obigen wiederholt nachgewiesen worden, und stimmt damit auch der Inhalt des von der Juristenfacultät zu Leipzig eingeholten Erachtens völlig überein.

8. Die darin liegende Enterbung, als solche, könnte daher auch nur unter dem Gesichtspuncte einer zur Strafe verfügten Ausschließung der notherbberechtigten Tochter aufrecht erhalten werden, vorausgesetzt, daß der dafür angeführte, aus dem üblen Verhalten der Tochter hergeleitete Grund nach den Bestimmungen der **Nov. 115 cap. 3** hiezu als ausreichend zu betrachten wäre, was die **sententia contra quam** verneinen zu müssen geglaubt hat. Daß der von dem Erblasser unmittelbar als Grund der Enterbung angeführte Ehebruch der Tochter unter den in der fraglichen Novelle speciell aufgeführten Enterbungsgründen nicht ausdrücklich mit erwähnt ist, vermögen nun die Imploranten nicht zu bestreiten. Sie greifen daher auch die Entscheidung der **sententia contra quam** vornehmlich von der Seite her an, daß sie den Standpunct, welchen dieselbe in der Auslegung der in der **Nov. 115** aufgezählten Enterbungsgründe im wesentlichen Anschlusse an die, eine aus-

dehnende Erklärung im weiteren Sinne verwerfende Ansicht Mühlenbruch's in der Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 37, S. 176—184, einnimmt, bekämpfen, und demselben gegenüber die, schon von Alters her bis auf die neueste Zeit herab zahlreiche Anhänger zählende Ansicht zur Geltung zu bringen suchen, daß nicht bloß eine ausdehnende Auslegung im engeren Sinne, sondern auch eine analoge Ausdehnung der die einzelnen Enterbungsgründe betreffenden Bestimmungen Justinian's in der Weise zulässig sei, daß unter die unmittelbar ausgehobenen Fälle auch die **casus similes et graviores** gezogen werden dürfen, wobei sie jedoch die schon von vielen älteren, und ganz allgemein von den neueren Juristen gemachte Beschränkung anerkennen, daß diese ähnlichen Fälle in ihrer factischen Gestaltung den einzelnen Enterbungsgründen entsprechen, **ex eodem genere** sein müssen, so daß es noch nicht genügen soll, wenn gegen das zu enterbende Kind nur im Allgemeinen der Vorwurf schlechten Verhaltens und undankbaren Betragens hergeleitet werden kann.

9. Allein auch wenn man sich auf den Standpunct dieser von den Imploranten vertheidigten Ansicht stellt, ist damit in der That Nichts für sie gewonnen. Bei jeder analogen Ausdehnung eines Gesetzes auf einen anderen, als den unmittelbar dadurch bestimmten Fall ist nämlich die erste Frage die, ob trotz der äußerlichen Verschiedenheit beider Fälle wirkliche innerliche Gleichartigkeit derselben vorhanden ist, so daß der Grund des fraglichen Gesetzes vollkommen gleichmäßig für beide Fälle zutrifft. Mit besonderer Strenge ist aber bei der Beantwortung dieser Frage da zu verfahren, wo aus einem seiner Natur nach nicht unmittelbar juristischen Gesichtspuncte in Beziehung auf einzelne besondere Fälle rechtliche Wirkungen hergeleitet werden, wie dies hier gerade hinsichtlich der **ingratitudo** der Kinder gegen die Eltern in bestimmten, durch den Gesetzgeber als Grund einer zulässigen Enterbung speciell hervorgehobenen und besonders ausgezeichneten Fällen geschehen ist. Dies erkennen daher auch alle neueren Vertreter der von den Imploranten vertheidigten Ansicht an, nicht nur durch die

Bemerkung, daß es nach Justinian's erklärter Absicht jedenfalls unzulässig sei, neue Enterbungsgründe zu schaffen — so Francke, Notherbenrecht §. 32, S. 412, Vangerow, Pandecten §. 484 S. 300 ff., Sintenis Civilrecht §. 197 S. 633, Arndts, in Weiske's Rechtslexikon Art. „Enterbung" III. S. 608 —, sondern sie finden es meistentheils auch noch nöthig, nähere Bestimmungen über die Voraussetzungen zu geben, unter welchen allein eine ausdehnende Erklärung, oder eine analoge Ausdehnung zulässig sei, so z. B. Francke, a. a. O. S. 413 in der Weise, daß es darauf ankommen soll, ob ersichtlich die Worte zu eng gefaßt sind, indem sie Handlungen nicht mit ergreifen, welche durchaus dieselbe Natur haben und eben so strafwürdig sind, wie eine der ausdrücklich verpönten, so daß nach dem Geiste des Gesetzes dieser Fall darunter subsumirt werden müsse, und Puchta, Vorlesungen Bd. II. S. 387, dadurch, daß er für die analoge Anwendung der ihrem Sinne nach auszulegenden einzelnen Enterbungsursachen auf solche Vergehen des Notherben gegen den Erblasser, welche den angeführten gleich, ja zum Theil noch stärker sind, deren vollkommene Begründung voraussetzt. In der von Glück, Commentar Bd. VII. S. 250 f. gegebenen Aufzählung derjenigen Enterbungsursachen, welche den von Justinian speciell aufgeführten nach jenen Rücksichten rechtlich gleich zu achten sein sollen — von welchen übrigens die neueren Vertheidiger einer analogen Ausdehnung der letzteren noch wieder manche streichen — findet sich daher auch der Ehebruch und unzüchtige Wandel der verheiratheten Tochter nicht mit aufgeführt, und mit Recht. Denn der schlechte und verächtliche, ja verbrecherische Wandel des Kindes genügt an sich zur Enterbung noch nicht, wie schweren Kummer auch die Eltern davon haben mögen, sondern, abgesehen von dem Falle des verbrecherischen Verkehrs mit Zauberern und Giftmischern, und des Abfalls von der rechtgläubigen Kirche, wird stets eine Richtung des dem Kinde zur Last fallenden Vergehens unmittelbar gegen den enterbenden **parens** selbst gefordert, wie insbesondere auch hinsichtlich des weitumfassenden zweiten Enterbungsgrundes allgemein anerkannt wird. Eine

solche Richtung hat aber der Ehebruch der verheiratheten Tochter nicht. Und sofern er, gleichwie das der Klägerin weiter Schuld gegebene, vom Vater aber nicht erwähnte, unsittliche Verhalten, unter den Gesichtspunct des unzüchtigen Wandels fällt, ist wohl zu beachten, daß der von den Imploranten angerufene 11. Enterbungsgrund nicht bloß von der unverheiratheten und deshalb dem elterlichen Hause noch angehörenden Tochter redet, sondern auch sichtlich auf eine Beschränkung des Inhalts der l. 19 C. **de inofficioso testamento** (3, 28) ausgeht, indem er in seiner ausdrücklichen Fassung neben dem unzüchtigen Wandel der Tochter, auch noch eine Auflehnung bestimmter Art gegen das von den Eltern in Beziehung auf ihre Verheirathung verlangte Verhalten erfordert. Wollte also der Erblasser im vorliegenden Falle seine Tochter in gerechtem Zorne wegen ihrer tadelnswerthen Aufführung strafen, so sah er sich auf eine Beschränkung derselben auf den ihr gesetzlich gebührenden Pflichttheil verwiesen, durfte aber nicht zur Enterbung greifen, wie das eingeholte rechtliche Erachten gleichfalls in Uebereinstimmung mit der **sententia contra quam** anerkennt.

10. Was nun endlich noch die weiteren Ausstellungen der Imploranten gegen die Disposition der **sententia contra quam** betrifft, so erledigen sich dieselben, so weit sie die Zulässigkeit des Abzuges der Falcidischen Quart neben dem Pflichttheil bestreiten, einfach durch die Bemerkung, daß, da das Rostocksche Stadtrecht — wie oben gezeigt — in seinen erbrechtlichen Bestimmungen durchweg die Geltung des gemeinen Rechts, so weit ihm nicht besonders derogirt ist, zur Voraussetzung hat, auch für die Anwendlichkeit nicht bloß des reinen Römischen Rechts, sondern auch derjenigen Modificationen, welche dieses bei seiner Reception in den Deutschen Gerichten durch das Canonische Recht erfahren hat, so lange die Vermuthung streitet, als nicht ein abweichendes Statut oder Gewohnheitsrecht dargelegt worden, was von den Imploranten nicht geschehen ist; — daß ferner der Testator für den Fall der Anwendlichkeit der Codicillarclausel hinsichtlich des Abzuges der **Quarta Falcidia** Nichts disponirt hat; — daß es der Klägerin nicht im Sinne der

l. 59 **D. ad legem Falcidiam** (35, 2) zum Vorwurf gereichen kann, wenn sie einer weit verbreiteten Rechtsansicht folgend, die Geltung der Codicillarclausel im vorliegenden Falle bestritt, und deshalb Herausgabe der gesammten Erbschaft forderte; — und konnte endlich die Frage, welchen rückwirkenden Einfluß der Abzug der **Quarta Falcidia** auf die Berechnung des Betrages des den Imploranten gebührenden Universalfideicommisses und der im Testamente ausgesetzten Vermächtnisse äußert, im gegenwärtigen Processe um so weniger ausgemacht und entschieden werden, als die Klägerin jedenfalls ihren Pflichttheil, wie ihre Quart unverkürzt verlangen darf, und nicht etwa sie auf Ausantwortung des Universalfideicommisses von den Imploranten belangt wird, sondern gerade umgekehrt gegen diese, als Erbschaftsbesitzer, auf Herausgabe des ihr gebührenden Antheils an der Erbschaft zu klagen genöthigt war, außerdem aber auch die Legatare, um deren Verhältniß zu den Universalfideicommissaren es sich bei jener Frage allein handelt, hierüber noch gar nicht gehört worden sind.

11. Auch hinsichtlich dieser Puncte war daher, wofür das eingeholte rechtliche Erachten sich gleichfalls entscheidet, die **sententia contra quam** lediglich zu bestätigen. Und wenn dieses Erachten dessenungeachtet für eine Compensation der Kosten dieser Instanz sich ausspricht, so war hierauf um deswillen nicht einzugehen, weil nach constanter Praxis hiesiger Landesgerichte die Kosten stets dem vollständig unterliegenden Theile zur Last fallen, daher auch in dieser Hinsicht so, wie geschehen, zu erkennen war.

58

1. Eine Ehefrau verzichtet durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes mit ihrem Ehemanne nicht auf die portio statutaria.

2. Miterben — auch die nur zur portio statutaria berufene Wittwe — sind berechtigt, von den Miterben eine Erklärung über den Antritt der Erbschaft zu verlangen.

3. Ueber die Frist und das Präjudiz, mit welchem der Befehl zur Abgabe dieser Erklärung zu erlassen ist. Bu. $836/_{1857}$.

Der Kaufmann R. zu Rostock errichtete am 27. October 1831 gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau ein Testament, in welchem er die Letztere zur alleinigen Erbin einsetzte, daneben aber bestimmte, daß die Substanz nicht von der Erbin consumirt, sondern nach deren Tode an seine (namhaft gemachten) Geschwister resp. deren eheliche Kinder fallen sollte. Nachdem der Testator am 8. October 1855 kinderlos gestorben und das Testament am 27. October 1855 eröffnet war, lud die im Besitze des ganzen Nachlasses befindliche Wittwe sämmtliche im Testamente als Fideicommissare in Bezug auf die Substanz des Nachlasses honorirte Verwandte ihres verstorbenen Ehemannes, welche zugleich dessen nächste Intestaterben waren, zur Inventur und erklärte cum curatore sexus bei der Vornahme dieses Geschäftes am 6. November 1855 zu Protocoll:

> sie schlage die durch das Testament ihr deferirte Erbschaft in so fern und in der Art aus, daß sie neben Vorabnahme ihres inferirten Vermögens die ihr stadtrechtmäßig aus dem Nachlasse zukommende statutarische Portion, also die Hälfte des Nachlasses, als freies Eigenthum in Anspruch nehme, während sie die andere Hälfte den im Testamente bedachten Verwandten ihres Mannes, die auch die alleinigen nächsten Intestaterben desselben sein würden, zur freien Disposition sofort überlassen wolle, ohne den lebenslänglichen Genießbrauch dieser Hälfte geltend zu machen.

Demnächst fügte sie die weitere Erklärung hinzu: Könne sie nun freilich dies Testament nicht mehr als normirend betrachten, so wolle sie doch zu ihrem Theile die Erbschaft des Verstorbenen rein und ohne Vorbehalt angetreten haben.

Der Curator der geistesschwachen Schwester des Verstorbenen, Friederike R., willigte ein, den Nachlaß nach Maßgabe dieser Erklärungen zu theilen, wogegen die übrigen Geschwister und Geschwisterkinder des Testators protestirend verlangten, daß die Vorschriften des Testamentes vollständig zur Ausführung kämen. In Folge dieser Differenz trat die Wittwe unterm 27. Mai 1856 gegen die protestirenden Verwandten ihres verstorbenen Ehemannes klagend bei dem Obergerichte der Stadt Rostock auf, indem sie hervorhob, daß bei der aus dem Vorstehenden sich ergebenden Sachlage eine weitere Regulirung der Verlassenschaft nicht vorgenommen werden, namentlich auch zur Erwirkung eines Erbenzeugnisses nichts geschehen könne. Da sie die Erbschaft *aus dem Testamente* ausgeschlagen habe, jedoch die Hälfte als statutarische Portion in Anspruch nehme, so möge es zweifelhaft sein, ob das Testament dadurch ganz vernichtet werde oder vielleicht hinsichtlich der andern Hälfte bei Kraft bleibe. Indessen relevire die Frage *hier* nicht, weil in beiden Fällen den Beklagten und der Friederike R. die Erbschaft hinsichtlich der zweiten Hälfte deferirt sei, entweder als Intestat- oder als substituirten Testamentserben. Also seien sie in jedem Falle verpflichtet, sich jetzt über die Antretung der Erbschaft zu erklären, und, wenn sie selbige nicht rein ausschlügen, zu theilen. Sie verlange *nur* baldige Regulirung und den halben Theil, während sie den Beklagten und der Friederike R. überlasse, ob sie die andere Hälfte **ab intestato** oder **ex testamento** hinnehmen wollten.

Das Gesuch geht dahin: den Beklagten aufzugeben, daß sie sich binnen 14 Tagen unter dem Präjudiz des anzunehmenden gänzlichen Verzichts auf alle Rechte an den Nachlaß, darüber erklären, ob und wie sie die ihnen deferirte Erbschaft antreten wollen, nach erfolgter Antretung aber mit ihr und der Friederike R'schen Curatel zur Erwirkung des gesetzlichen Erben-

zeugnisses, so wie zur weiteren Regulirung der Verlassenschaft schreiten, insonderheit die Theilung in der Art vornehmen, daß die eine Hälfte ihr, die andere aber den Beklagten und der Friederike R. zu gleichen Theilen verbleibe, dagegen bei Ablehnung der Antretung die Beklagten aller Rechte an den Nachlaß für verlustig zu erklären und denselben an die Wittwe und die Mitklägerin zur gleichmäßigen Theilung zu überweisen, **refusis expensis.**

Dem vorstehenden Antrage der Wittwe schloß sich der Curator der Friederike R. mit Verwahrung gegen die Annahme an, als ob er der Willensordnung entgegenleben wolle. Er wolle das Testament nicht anfechten, es erscheine ihm aber das Verlangen der Wittwe als rechtsbegründet und habe er nur die zu einer baldigen Regulirung der Masse nothwendigen Schritte mitthun wollen.

Die Beklagten bekämpfen in der Vernehmlassung mittelst der **exceptio rei transactae** die Befugniß der klagenden Wittwe auf die ihr gesetzlich zustehende statutarische Portion im Widerspruch mit dem Inhalte des Testamentes zu recurriren, welches von ihr durch die gemeinschaftliche Errichtung mit ihrem Ehemanne genehmigt worden sei und nach der in den §. 10 desselben aufgenommenen Bestimmung nur habe gemeinschaftlich geändert werden dürfen. Sodann bestreiten die Beklagten, daß ihnen gegenüber von den Klägern ein Zwang zur Erklärung über den Erbschaftsantritt geltend gemacht werden könne. Das Präjudiz eines anzunehmenden Verzichtes auf die Erbschaft sei sammt der kurzen Frist von 14 Tagen vollends unstatthaft, und müßten jedenfalls die mit der Bitte um den Erklärungsbefehl verbundenen weiteren Gesuche als verfrühet zurückgewiesen werden, weil erst die Vorfrage über die Pflicht zur Erklärung zu entscheiden sei.

Nachdem bis zur Duplik verhandelt worden, sprach das Obergericht der Stadt Rostock mittelst Erkenntnisses vom 3. Februar 1857 aus, daß durch die von der Wittwe R. bei der Inventur des Nachlasses des Krämers R. abgegebene Erklärung die Intestatsuccession über diesen Nachlaß eröffnet sei,

und verurtheilte die Beklagten, sich binnen vier Wochen über den Antritt der ihnen deferirten Intestaterbschaft zu erklären, bei endlicher Strafe, daß sie als die Erbschaft ausschlagend behandelt werden sollten. Die erhobene Erbtheilungsklage wurde in diesem Erkenntnisse zur Zeit als verfrühet abgewiesen; die Kosten wurden compensirt.

Auf Appellation beider Theile bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 9. Januar 1858 im Uebrigen die Entscheidung erster Instanz, änderte dieselbe aber hinsichtlich der den Beklagten zur Erklärung gesetzten Frist und des dabei angedroheten Nachtheiles dahin ab, daß die Beklagten schuldig seien, sich binnen drei Monaten über den Antritt der ihnen deferirten Intestaterbschaft zu erklären, bei endlicher Strafe, daß sie als die Erbschaft antretend behandelt werden sollten.

Gründe:

1. Die Wittwe R. — welche von ihrem Ehemanne in dem von Beiden am 28. October 1831 gemeinschaftlich errichteten Privat-Testamente zwar zu seiner alleinigen Erbin, jedoch so eingesetzt worden, daß sie die Substanz nicht consumiren darf, und nach ihrem Ableben die Geschwister resp. Geschwisterkinder des Testators dessen Vermögen erben sollen — hat es, nach dem am 8. October 1855 erfolgten Tode ihres Ehemannes und der am 27. ejusd. vom Rostocker Magistrate geschehenen Publication des Testamentes, vorgezogen, die ihr aus demselben deferirte Erbschaft wegen des darauf gelegten onus auszuschlagen, und die ihr nach dem hiesigen Stadtrechte Thl. 2 Tit. 1 Art. 14 und Tit. 2 Art. 2 ungekürzt und unbeläftigt gebührende Erbportion, welche beim kinderlosen Absterben des Ehegatten die Hälfte des von diesem nachgelassenen Vermögens beträgt, in Anspruch zu nehmen.

Die Beklagten und die Mitklägerin der Wittwe sollen testamentsmäßig nach dem Tode der Letzteren das Vermögen erben, und sind zugleich Diejenigen, welchen, wenn kein Testament errichtet wäre, die Hälfte des Nachlasses zugefallen sein würde, mit welchen also die Wittwe, wenn sie die Intestat-

Erbschaft annehmen, alles dem Verstorbenen zugehörig gewesene Gut stadtrechtmäßig zu theilen hat.

Der Curator der Mitklägerin anerkennt den von der Wittwe gemachten Anspruch; die Beklagten bestreiten ihn, zwar nicht an sich, aber wegen des vorliegenden Testaments, das sie ganz bei Kräften erhalten wollen.

2. Ist die Seitens der Wittwe geschehene Erbschafts-Ausschlagung rechtsbeständig, so ist, da es für diesen Fall an einer Substitution fehlt, das Testament destitut und die Intestat-Erbfolge eröffnet. Erbberechtigte würden dann die Kläger und die Beklagten sein. Erstere halten dafür, daß die Intestat-Succession gegeben sei, und haben — wie es hienach nicht anders sein kann, auch aus der Replik zweifellos hervorgeht — in dieser ihrer Meinung die Erbschaft rein angenommen. Wenn sie daneben dahinstellen, ob ihre Ansicht richtig sei, so haben sie damit dieselbe nicht aufgegeben, sondern beim Widerspruche der richterlichen Entscheidung unterbreitet, so daß ihr Dahinstellen ohne Folge ist. Ihre bestimmte Aeußerung in jetziger Instanz [11], daß sie die Erbschaft **ab intestato** rein angetreten hätten, ist daher in keiner Hinsicht als ein **novum** aufzufassen, und da die Klage darauf gestützt ist, daß den Beklagten die Succession mit angetragen worden, Letztere aber bestreiten, daß es zur Intestat-Erbfolge gekommen: so ist zuvörderst der hiegegen vorgebrachte Einwand zu beurtheilen, und dann weiter zu prüfen, ob und wie Intestat-Erben von einander Erklärung über den Erbschaftsantritt, welche Beklagte verweigern, fordern dürfen.

3. Zur Widerlegung der Meinung, daß die Intestat-Succession eröffnet sei, opponiren Beklagte die **exceptio rei transactae**, indem sie sich darauf beziehen, daß ein gemeinschaftliches und wechselseitiges Testament vorliege, welches nach §. 10 nur gemeinschaftlich habe geändert werden dürfen, und wobei Jeder die Disposition des Andern genehmige, die Wittwe sich also mit dem ihr von dem Ehemanne Ausgesetzten stillschweigend zufrieden gegeben und ihrem weiter gehenden Erbrechte entsagt habe.

Allerdings stehen dieser Ansicht angesehene Rechtslehrer, z. B.

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 338 nr. II, 3,

zur Seite. Auch haben ohne Zweifel gemeinschaftlich testirende Eheleute mit einander beredet, wie sie testiren, und sich und die Nacherben bedenken wollen. Dennoch wird der beiderseitige Wille, sich zu binden, in dem Acte nicht erkennbar. Denn sie haben nicht die Vertrags-, sondern die Testamentsform gewählt, und diese läßt Jedem der Eheleute frei, mit des Anderen Vorwissen seine Disposition zu widerrufen.

Rostocker Stadtrecht, Thl. 2 Tit. 1 Art. 19.
Rostocker Rechtsfälle, Fortsetzung 2 S. 17 ff.

So wie daher der Verstorbene, ungeachtet des §. 10 des Testaments nicht behindert war, auf diese Weise seine letztwillige Verfügung aufzuheben, oder zu ändern, und seiner Ehefrau lediglich ihre gesetzliche Portion zu lassen, so kann auch nicht angenommen werden, daß Letztere sich der widerruflichen Anordnung ihres Mannes habe unterwerfen wollen. Ein bindender Verzicht setzt einen hierauf gerichteten Vertragswillen voraus, und das Vorgekommene läßt keinen Falls einen sicheren Schluß hierauf zu. Ohnehin würde nach dem

Rostocker Stadtrecht, Thl. 1 Tit. 7 Art. 35, Thl. 2 Tit. 1 Art. 4,

zur Rechtsbeständigkeit des Vertrages gehört haben, daß der Ehefrau ein besonderer Curator für dies Rechtsgeschäft mit dem Ehemanne beigeordnet worden, und auch daran hat es hier gefehlt. Die **exceptio pacti** ist demnach unbegründet, und die geübte Ausschlagung nimmt der Wittwe das Recht auf die statutarische Portion nicht.

4 Ob sie von den Fideicommissarien zur Adition hätte gezwungen werden können, steht nicht zur Entscheidung. Denn wenn die Beklagten auch in der Duplik, S. 27, mit Bezug auf **l. 6 §. 5 und l. 13 §. 2 D. ad SC. Trebellianum** (36, 1) behaupten, daß die Wittwe verpflichtet sei, als Universalerbin anzutreten, so ist der Bezug doch theils erst in der Duplik gemacht, theils würde ihr, wenn sie als Fiduciar-Erbin in Folge des Verlangens der Fideicommissarien anträte, ihre

ſtatutariſche Portion unbeläſtigt verbleiben müſſen; Beklagte wollen aber gerade Letzteres nicht.

5. Iſt ſomit zum Grunde zu legen, daß es zur Inteſtat-Erbfolge gekommen, auch nicht ſtreitig, daß dieſelbe an ſich den Klägern und den Beklagten zuſteht, ſo wird die weitere Prüfung nöthig, ob Miterbberechtigte gegen einander auf Entſchließung über den Erbſchafts-Antritt dringen können, da Beklagte Solches in Abrede nehmen.

Die einheimiſche Verordnung vom 30. Mai 1857 §. 3 nr. 3 hat hierüber für den Zweck des Erbenzeugniſſes Beſtimmung getroffen. Dem Miterbberechtigten ſoll auf Antrag der übrigen, welche ſich bereits vorſchriftsmäßig erklärt haben, die Erklärung über die Antretung in dreiwöchiger Friſt und unter dem peremtoriſchen Nachtheile aufgegeben werden, daß das Erbenzeugniß Denjenigen, welche angetreten, ertheilt werde. Dieſes Präjudiz reicht indeß für den vorliegenden Fall nicht aus, weil die Kläger nicht bloß ihre Dispoſitionen über den Nachlaß gegen ſpätere Anfechtung Seitens der Beklagten ſichergeſtellt ſehen wollen, ſondern verlangen, daß dieſelben ihre definitive Entſcheidung darüber, ob ſie Miterben ſein wollen, nicht länger ausſetzen. Die Verordnung berührt die Frage nicht, wie weit in dieſer Hinſicht die Befugniſſe der Mitberufenen gegen einander gehen, wenn ſie ſich nicht mit dem Erbenatteſte begnügen wollen.

6. Die Frage iſt aus dem gemeinen Rechte zu beantworten und controvers. Das geſchriebene Recht hat ſie weder ausdrücklich bejaht, noch beſtimmt verneint, und der Satz, daß der Civilerbe antreten kann, wann er will, iſt nicht durchſchlagend, weil er weſentliche Modificationen, und bei einſchränkenden Anträgen von Intereſſenten ſeine Grenze hat. Die Quellen führen an verſchiedenen Stellen Verhältniſſe an, welche es nothwendig machen, dem Berufenen eine Friſt zur Erklärung zu beſtimmen. Iſt in der Anwendung auf ein gemeinſames Princip zurückzugehen? oder ſollen die genannten Fälle, in denen der Satz wegen der Rechte Anderer zurücktritt, die einzigen ſein? Nirgends iſt Letzteres angedeutet. Schon der

Umstand, daß die Stellen, in denen sie besprochen werden, ganz zerstreut in den Quellen liegen, spricht gegen eine derartige Auffassung, und die Worte der

l. 23 §. 1. D. de heredibus instituendis (28, 5):
„Hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus,"
l. 69 D. de acquirenda hereditate (29, 2):
„Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris,"

zeigen geradezu, daß nicht vereinzelte Singularitäten hingestellt wurden, sondern daß überall, wo ähnliche Verhältnisse gleiche Hülfe erheischten, diese zu gewähren war.

7. Ob die Bestimmung einer Deliberations-Frist für den Civilerben an die **interrogationes in jure** und die daraus für denselben entstandene Nöthigung, sich im Zweifelsfalle eine solche zu erbitten, angelehnt ward,

ll. 1 pr. 2, 3, 5, 6 et 21 D. de interrogationibus in jure (11, 1),
l. 1 §. 12 D. de successorio edicto (38, 9),
l. 9 C. de jure deliberandi (6, 30),
Witte in Weiske's Rechtslexicon, Bd. 2 sub: beneficium deliberandi, S. 887 ff.,

oder sich aus dem **successorium edictum** und dessen Zwecke mit Nothwendigkeit entwickelte,

Leist, bonorum possessio, Bd. 2, S. 319 ff.,

mag sich nicht mit Sicherheit entscheiden lassen. Gewiß hörte das reine und unnachtheilige Belieben des Civilerben, den Erbschaftsantritt zu verzögern, schon da auf, wo die **interrogationes in jure** anwendlich wurden, und man kann aus dem Edicte, welches dem **heres** auf dessen Ansuchen ein **tempus ad deliberandum** allgemein verheißt, genugsam entnehmen, daß es Verhältnisse gegeben haben muß, die ihn zu einem derartigen Gesuche nöthigten. Zweifellos ist das Andrängen von Erbschaftsgläubigern und Legataren dahin zu rechnen.

Daneben konnte der Zweck des **successorium edictum, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longa mora fieret**, nicht vollständig erreicht werden, so lange der Prätor dem **heres**, der die **bonorum**

possessio verſchmähte, freie Hand ließ. Nach Prätoriſchem Erbrechte hatte die Verſäumniß der Agnitionsfriſt zur Folge, daß das Recht an den Folgenden fiel, und wenn von Mehreren nur Einer die **bonorum possessio** agnoſcirte, ſo accreſcirte ihm die Portion Derer, die ſich hierin verſäumt hatten.

§. 5 J. de bonorum possessionibus (3, 10),
l. 3 §. 9; l. 5 D. eod. titulo (37, 1),
l. un. C. quando non petentium partes (6, 10).

So kam die Agnitionsfriſt den Miterben und allen Nacherben zu Gute. Daß der Prätor hievon auf Den, welcher auch nach Civilrecht berufen war, Anwendung machte, und ihm im Intereſſe und auf Antrag des Theilerben oder Nacherben unter gleichem Nachtheile die Friſt zur Erbſchaftsantretung vorſchrieb, machte ſich einfach und natürlich. Wie ganz er hiebei das **successorium edictum** zum Vorbilde nahm, ergiebt ſich nicht bloß aus der Größe der Friſt, welche er in regelmäßiger Uebereinſtimmung mit dem Edicte anordnete, ſondern auch geradezu aus den in **rat.** 6 allegirten Geſetzen. Beſtätigt daneben die l. 69 **cit.**, daß der Prätor zu Gunſten des Subſtituten dem vorgehenden Teſtamentserben ein **tempus deliberandi** beſtimmte, ſo kann der heutige Richter kein Bedenken tragen, im Intereſſe des auf die Anwachſung berechtigten Theilerben dem **coheres** gegenüber in gleicher Weiſe zu verfahren, zumal die Quellen die zuſammen zur Erbſchaft Gerufenen in Bezug auf das Accreſcenzrecht als Quaſi-Subſtituten bezeichnen. l. 61 §. 1 **D. de legatis II** (31).

8. Darf ſomit der eine Erbe von ſeinem Miterben, deſſen Portion ihm accreſciren kann, Entſchließung über den Erbſchafts-Antritt fordern, ſo iſt in dieſem Betracht die Klage des Curators der Friederike R., welche auf das Anwachſungsrecht Anſpruch hat, begründet. Die Wittwe R. hat ſolches Recht freilich nicht. Aber ſie hat die Theilungsklage, und die **aequitas** fordert, daß ſie erfahre, mit wem ſie zu theilen hat und daß das Verfahren nicht aus Muthwillen oder Chicane aufgehalten werde. Der erſte Umſtand ließ (l. 21 **D. de interrogatio-**

nibus in jure) die interrogatio in jure zu; die andere Rückſicht, ſo wie die, daß der Erbſchaftstheil nicht längere Zeit ohne Herrn bleibe, rief die in dem successorium edictum vorgeſchriebene Friſt zur Agnition der bonorum possessio hervor, und wenn wir ſehen, daß der Prätor aus dieſen Gründen allen ſonſtigen bei der Erbſchafts-Antretung intereſſirenden Perſonen ſo zu Hülfe kam, ſo können wir keinen Anſtand nehmen, dieſelbe auch Theilungs halber dem Miterben angedeihen zu laſſen, wie denn auch Juſtinian in l. 36 §. 2 C. de inofficioso testamento (3, 28) zur Ermöglichung und Beförderung der querela inofficiosi dem Teſtamentserben die Befugniß nimmt, ſeine Willensäußerung beliebig zu verſchieben.

9. Nach dem Vorſtehenden iſt

gravamen I. der Beklagten in ſo weit unerheblich, als es den Ausſpruch der vorigen Sentenz angreift, daß durch die von der Wittwe bei der Inventur abgegebene Erklärung die Inteſtat-Succeſſion über den Nachlaß eröffnet worden, und Beklagte ſchuldig ſeien, ſich über den Antritt der ihnen deferirten Inteſtaterbſchaft zu erklären.

Was aber die ihnen hiezu geſetzte Friſt betrifft, ſo beſtimmt zwar das hieſige Stadtrecht, Thl. 2 Tit. 2 Art. 59, für alle Deliberations-Fälle eine dreimonatliche Friſt von Zeit des Todes, während nach Römiſchem Rechte eine Zeit von mindeſtens 100 Tagen gegeben werden muß. Da aber die Delation beſtritten war, ſo darf nicht von dem Todestage des Erblaſſers, ſondern erſt von der rechtskräftigen Entſcheidung über die Delation an gerechnet werden, und eine Verkürzung iſt, wenn auch Beklagte über die Zuſtände des Nachlaſſes ſich inzwiſchen hinreichend haben inſtruiren können, doch unſtatthaft, weil ſie nicht in der Lage waren, die bisherige Zeit hiezu benutzen zu müſſen.

Eben ſo wenig paßt hier das Präjudiz der Ausſchlagung, ungeachtet es der Friederike R. gegenüber das richtige iſt. Denn die Wittwe iſt bei der verlangten Entſcheidung ihrer Miterben nur in ſo fern intereſſirt, als ſie theilen will, und der anzudrohende Nachtheil darf nicht weiter gehen, als der

Zweck der Vorschrift es fordert. Mit dem fingirten Antritte erreicht sie ihren Zweck. Ueberhaupt steht sie in dieser Hinsicht den Creditoren und Legataren gleich, für welche nach Justinian's Bestimmung in l. 22 §. 14 C. **de jure deliberandi** (6, 30) die fingirte Adition Folge des Schweigens des designirten Erben ist. Da nun der Vormund der Friederike R. sich mit der Wittwe zur Klage verbunden hat, auch die Beklagten in den Verhandlungen erster Instanz — auf welche ihre Rechtfertigung sich in diesem Betreff zurückbezieht — darauf bestehen, daß ihnen nicht das Präjudiz der Ausschlagung, sondern das der Annahme der Antretung gedrohet werde, so war Diesem Folge zu geben. Frist und Präjudiz der vorigen Sentenz haben daher **ad gravamen I. der Beklagten** geändert werden müssen.

10. Da vor dem Erbschafts-Antritte Seitens der Beklagten keine **communio** zwischen den Parteien besteht, und von der aufgegebenen Erklärung abhängig bleibt, ob es zwischen ihnen jemals zu einem Theilungs-Verfahren kommt, auch für einen noch ganz ungewissen Fall keine richterliche Entscheidung gefällt werden kann, so war es unzulässig, mit der Klage auf Erklärung eine Theilungsklage zu verbinden, oder diese für den Fall des demnächstigen Antritts zu erheben. Man kann nicht einmal annehmen, daß die Beklagten im letzteren Falle die Theilung ablehnen werden, und auf verfrühete Klagen die Entscheidung auszusetzen, ist dem Richter nicht erlaubt. **Gravamen I. der Kläger** ist daher unbegründet.

Ob die Klage auch angebrachtermaßen hätte abgewiesen werden können, ist eine leere Untersuchung, und hierauf beruht **Gravamen II. der Beklagten.**

11. Die **zweite Beschwerde der Kläger** und **die dritte der Beklagten** anlangend, so rechtfertiget sich die Compensation der Kosten erster Instanz schon nach dem Inhalte der vorigen Urthel, da, wenn über zwei cumulirte Hauptklagen Verhandlung eingeleitet ist und stattgefunden hat, die

Durchsetzung der einen und Zurückweisung der anderen die Compensation der verursachten Kosten zur Folge hat, ohne daß der Umfang der Ausführungen über die eine oder andere Klage darauf Einfluß äußert. Nach Inhalt der jetzigen Urthel sind Kläger vollends nicht durch die Kosten-Compensation beschwert.

III. Kirchenrecht.

59.

Eine allgemeine Verpflichtung der Patrone, beim Unvermögen der Kirchen subsidiär deren Baulast zu übernehmen, besteht weder nach gemeinem Rechte, noch nach dem für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin geltenden Particularrecht.

Go. 288/1849.

In den Gründen des Erkenntnisses vom 1. November 1849 spricht sich das Oberappellationsgericht über den vorstehenden Rechtssatz also aus:

2. — — — — — —. Es ist zwar viel darüber gestritten worden, ob bei der Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens die kirchliche Baulast gemeinrechtlich dem Patron oder den Parochianen obliege? Diese Frage ist auch in den zahlreichen inländischen Streitschriften über die Beitragspflicht der Eingepfarrten zu den Kirchen- und Pfarrbauten, so wie in den diesen Gegenstand betreffenden älteren Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, mitberührt worden —

cfr. Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, herausgegeben von v. Nettelbladt, Bd. 2, 1824, Abth. LV —;

allein die neueren Forschungen haben es immer mehr zur Gewißheit gebracht, daß dem gemeinen Rechte die bezeichnete subsidiäre Haftverbindlichkeit des Patrons fremd ist. Daß die allgemeinen Gründe, aus welchen man eine solche Verpflichtung desselben hat ableiten wollen, zu ihrer Begründung nicht ausreichen, bedarf keiner umfassenden Ausführung. Die rechtliche Natur des Patronats bringt eine solche Verpflichtung nicht mit sich. Wenn dasselbe auch seinen Ursprung in der Gründung von Kirchen und Capellen gefunden hat, und schon **Nov. 67 c. 2.**

c. 8 x de consecr. eccles. bestimmt haben, daß Niemandem die Gründung neuer Kirchen ohne eine, zu deren Erhaltung zureichende, Dotation derselben gestattet sein soll, so ist damit doch über jene Verpflichtung des Patrons Nichts entschieden worden. Ist einmal die Gründung einer Kirche mit einer, damals für ausreichend erachteten, Dotation gestattet worden, so können später eingetretene anderweitige Bedürfnisse der Kirche dem Patron keine neue Last auflegen. Am wenigsten würde sich dieses da rechtfertigen lassen, wo erst im Laufe der Zeit aus Capellen und kleineren Andachtshäusern Kirchen hervorgegangen sind, oder wo die Kirchen im Laufe der Zeit ihre Güter verloren haben. Auch fehlt es an einem Rechtsgrunde, den Nachfolgern im Patronate deshalb eine solche Verbindlichkeit aufzuerlegen, weil die Kirche etwa nicht von ihrem Gründer für alle Zeiten zureichend dotirt worden ist, während dieselben mit jenem in keinem rechtlichen Zusammenhange stehen, und das Patronat inzwischen durch die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte in andere Hände gelangt ist. Wenn ferner auch der gewöhnliche Ursprung der Patronate in dem Eigenthume der Patrone an den von ihnen gegründeten Kirchen gesucht werden mag,

cfr. Isidor Kaim, Das Kirchenpatronat, Thl. 1. Die Rechtsgeschichte. Leipzig 1845,

so sind doch nicht allein die mehrsten Kirchen im Laufe der Zeit aus diesem Eigenthume des Patrons herausgetreten, so daß das Patronat bei ihnen unabhängig an dem Eigenthume an ihnen besteht, sondern es würde auch das Eigenthum des Patrons an der Kirche für denselben kein Rechtsgrund für seine Verpflichtung zu ihrer Erhaltung sein, da der Eigenthümer berechtigt ist, sein Gebäude verfallen zu lassen. Die dem Patron zustehende Administration des Kirchen-Vermögens kann denselben nur verpflichten, das letztere ordnungsmäßig zu der Erhaltung der Kirche zu verwenden, aber nicht aus seinem eigenen Vermögen hiezu beizutragen. Eben so wenig vermag das Schutz- und Schirmrecht, wo es sich an das Patronat anschließt, oder vermögen die sogenannten Ehren- und sonstigen

Rechte des Patrons, als solche, eine derartige Verbindlichkeit desselben zu begründen.

3. Wären die verschiedenen, in **rat.** 2 hervorgehobenen Gesichtspunkte dazu geeignet gewesen, dem Patrone eine solche Last aufzulegen, so würde dieselbe in den, an Bestimmungen über das Patronat so reichhaltigen Quellen des gemeinen Kirchenrechts unzweifelhaft zur Anerkennung gelangt sein. Daß dieses aber, wenigstens bis zu dem Tridentinischen Concilium, nicht geschehen ist, vielmehr die sämmtlichen Quellen bis dahin von einer solchen Verpflichtung gänzlich schweigen, wird selbst von Denen eingeräumt, welche für die spätere Zeit das Gegentheil annehmen. Vielmehr kannte das Canonische Recht bis zu jenem Concil für die kirchliche Baulast nur zwei Verpflichtete: das Kirchenvermögen und die Eingepfarrten. Von dem ersteren haftete für dieselbe zunächst dasjenige Kirchengut, dessen Genuß der Kirche selbst zusteht, daher insbesondere die **fabrica ecclesiae**; dann dasjenige, dessen Genuß Andere haben, indem dann diese nach dem Maße des letzteren zu der Baulast beizutragen verbunden waren. Zu dieser Classe gehörten die Inhaber kirchlicher Beneficien, Nonen und Zehnten, und die Geistlichen selbst, so weit ihr Genuß des kirchlichen Gutes ihren Bedarf überstieg.

c. 1. 4 x. de eccles. aedificandis et reparandis (3, 48).
c. 27, 28, 29, 30, 31 caus. XII. Qu. II.
c. 22 caus. XVI. Qu. I.

Aus diesem Gesichtspuncte konnte natürlich auch der Patron, der sich in dem Genusse kirchlicher Güter befand, in so weit zu der Baulast herangezogen werden; aber einer Verpflichtung desselben, als solchen, wird nirgends gedacht.

Die in dem Vorstehenden enthaltenen leitenden Grundsätze wurden jedoch in den verschiedenen Bereichen der Kirche sehr abweichend gehandhabt. Die hieraus den Kirchen erwachsenden Nachtheile veranlaßten das Tridentinische Concilium, den ganzen, in den Quellen ohnehin zerstreueten und nicht überall mit genügender Bestimmtheit ausgedrückten, Stoff noch einmal in **sess. XXI. c. 7** zusammenzufassen. Diese so oft mißverstandene

Stelle hatte daher nicht die Absicht, etwas Neues anzuordnen, sondern wollte nur das bestehende Recht fixiren. Sie schließt sich daher in allen ihren Bestimmungen an dieses an, wenn sie verfügt:

1. daß die Kirchen zunächst wiederhergestellt werden sollen, **ex fructibus et proventibus quibuscunque, ad easdem ecclesias quomodocunque pertinentibus;**“

2. daß, wenn diese Früchte nicht zureichen, die Bischöfe „**omnes patronos et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt,**“ und in deren Ermangelung

3. die Parochianen —

zu der Wiederherstellung und Erhaltung der Kirchen anhalten sollen. Daß hierbei die Bestimmung **sub 2** nicht so ausgelegt werden darf, als sollte der Bischof zunächst zu der Baulast anhalten: **omnes patronos**, als solche, und dann die **alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt**, so daß demnach der Patron, als solcher, und zwar noch vor jenen **aliis**, subsidiär zu derselben verbunden wäre, zeigt schon der Zusammenhang der Stelle selbst. Denn die **alii** sind in ihr mit den Patronen in eine Relation gesetzt worden, nach welcher sie mit diesen eine generische Gemeinschaft haben müssen, und diese besteht darin, daß sie **fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt.** Sonst hätte es nicht **alios**, sondern **eos** heißen müssen. Der Sinn ist mithin, daß die Patrone, welche Früchte von dem Kirchengute beziehen, und die Anderen, bei denen dieses ebenfalls der Fall ist, **secundo loco** — und zwar, weil die Beziehung der Kirchenfrüchte der gemeinsame Grund dieser Verpflichtung ist, auf einer Linie — die Baulast übertragen sollen. Diese Auslegung wird durch den obigen geschichtlichen Zusammenhang bestätigt, indem schon das ältere Recht, wenn die eigenen Hebungen der Kirche nicht zureichten, zunächst alle diejenigen zur Baulast anhielt, welche den Genuß von Kirchengütern hatten, und in so fern auch die Patrone, während sich von einer selbständigen subsidiären Baulast der Letzteren, als solchen, nirgends eine

Andeutung findet. Es wäre auch nicht abzusehen, warum das Tridentinische Concilium mit einem Male den Inhabern kirchlicher Beneficien, Zehnten u. s. w. ihre von jeher bestandene Beitragspflicht in so weit abgenommen und dieselbe zunächst auf die Patrone, als solche, ohne Rücksicht darauf, ob sie Früchte von dem Kirchenvermögen beziehen, oder nicht, gelegt haben sollte. Wenn es übrigens heißt „**omnes patronos**," so bezieht sich dies auf die verschiedenen Gattungen der Patrone, und kann auf die sonstige Auslegung der Stelle keinen Einfluß üben. Das Comma, welches man zur Unterstützung der entgegengesetzten Auslegung wohl hinter **patronos** gesetzt hat, ist eine den Handschriften und älteren Drucken fremde Willkürlichkeit.

Nach dieser Ausführung hat auch das Tridentinische Concilium dem Patrone, als solchem, keine subsidiäre Beitragspflicht zu den Kirchenbauten auferlegt. Hiemit sind — sowohl hinsichtlich des älteren Rechts, als der richtigen Auslegung des **cap. 7 cit.** — die vorzüglichsten älteren,

— cfr. Francke, die Verbindlichkeit der Eingepfarrten ꝛc. Schwerin und Wismar 1806 S. 16 und 17 —

und neueren, Katholischen und Protestantischen Kirchenrechtslehrer einverstanden.

Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts ed. 10 §. 272.
Brendel, Handbuch des Kirchenrechts ed. 3 Bd. 2 §. 430—433.
Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. 2, S. 803—810.
Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts ed. 3, §. 302, 303.
Lippert, Versuch einer historisch dogmatischen Entwickelung der Lehre vom Patronat. Gießen 1829, §. 60, 61.
Lang, Beiträge zu der Lehre von der Kirchenbaulast — im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 26, S. 12—35, S. 296—342.
Huck, Die rechtliche Natur der Kirchenbaulast — in der Zeitschrift für Deutsches Recht. Bd. 8 Abh. XI.
Mayer, zur Lehre von der Kirchenbaulast — ebendaselbst Bd. 10 Abh. III. —

Der indirecte Zwang, für die Erhaltung der kirchlichen Gebäude zu sorgen, welcher den Patron durch den Nachtheil der Suppression trifft, wenn er die verfallene Kirche nicht wieder aufbauet, kann nicht hieher gezogen werden, weil es in der

Willkür des Patrons liegt, die Suppression eintreten zu lassen. Da nun in dem gegenwärtigen Falle nicht die Rede davon ist, daß der beklagte Patron Früchte von dem G.'er Kirchengute beziehe und die Meinung des Appellanten, daß schon der Genuß der sonstigen Patronatsrechte als ein solcher Fruchtgenuß anzusehen sei, keiner besonderen Widerlegung bedarf; so würde der Patron nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu der Erfüllung des libellirten Anspruchs nicht verbunden sein. Eben so wenig besteht eine allgemeine gemeinrechtliche Observanz, eine allgemeine gemeinrechtliche Praxis, welche den Patron als solchen verpflichtete, für die Baulast der unvermögenden Kirche einzutreten.

4. Auch in dem besonderen inländischen Kirchenrechte läßt sich kein haltbares rechtliches Fundament für den libellirten Anspruch gegen den Patron erweisen. Es ist zwar auch hierüber viel gestritten worden. Vorzüglich hat sich

Francke, die Verbindlichkeit cit.

Derselbe. Die Beitragspflicht der Eingepfarrten ꝛc. Schwerin und Rostock 1816,

indem er eine allgemeine subsidiäre Beitragspflicht der Eingepfarrten auch nach inländischem Rechte behauptete, zugleich gegen eine, in dem letzteren begründete allgemeine subsidiäre Beitragspflicht des Patrons ausgesprochen.

Das Gegentheil von Beidem hat vorzüglich

[Rönnberg] Erörterung der Frage: Wem liegt bei unzureichendem Kirchen-Aerarium die Verbindlichkeit ob, zum Bau und Unterhalt der Kirchen- und Pfarrgebäude beizutragen? Rostock 1806,

darzuthun gesucht, und seine Ausführung hat hinsichtlich der Entfreiung der Eingepfarrten vor der von Francke behaupteten allgemeinen subsidiären Beitragsverbindlichkeit, insbesondere hinsichtlich der Auslegung der §§. 499, 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs in einer Reihe von Entscheidungen der Landesgerichte, der hiesigen Juristenfacultät und des Oberappellationsgerichts den Vorzug gewonnen. Hinsichtlich der Frage von der allgemeinen subsidiären Haft-

verbindlichkeit des Patrons hat sich dagegen schon das Hof- und Landgericht zu Güstrow in den Gründen eines von der hiesigen Juristenfacultät abgefaßten Erkenntnisses vom 11. Januar 1814 dahin ausgesprochen:

„Allein wir finden in den Mecklenburgischen Gesetzen keinen Grund, der ihm [dem Patrone] diese Verpflichtung geradezu auflegte" —

cfr. die zweite oben angeführte Schrift von Francke S. 69 —

und auch die in rat. 2 angezogene Abhandlung in den Rechtssprüchen hat, hinsichtlich der Eingepfarrten sich der Rönnbergschen Ansicht anschließend, die Frage von der subsidiären Haftverbindlichkeit des Patrons auf sich beruhen lassen.

5. Eine nähere Prüfung der auf diesen Gegenstand bezüglichen Aeußerungen der inländischen Rechtsquellen wird die Richtigkeit jener Ansicht der hiesigen Juristenfacultät vollständig bestätigen.

Schon auf dem Landtage zu Güstrow, 25. Juli 1552, äußerte die Landschaft in ihrer Erwiderung auf die Fürstliche Landtags-Proposition: „Daß das Silberwerk und Kleinodien aus den Klöstern, Kirchen und Gotteshäusern ohne der Landschaft Rath, Wissen und Willen, unbewußt wohin und wozu, weggebracht worden." Hierauf wurde landesherrlicher Seits erwidert: „Die aus den Kirchen und Klöstern aufgehobenen Kleinodien wären nicht so viel werth als man meinte, und es sei bekannt, wie die Mönche hausgehalten, indem zu Doberan und Dargun 20 Kelche von ihnen verkauft wären, gleich denn auch die Inhaber und Besitzer der Klöster selbst Ursache dazu gegeben hätten, daß selbige eingenommen worden, sie aber zu christlichem milden Gebrauch angewendet, und sonderlich zu der Universität Rostock gelegt werden sollten, als vornehmlich das Kloster Marienehe.

Spalding, Mecklenburgische öffentliche Landtags-Verhandlungen Thl. 1 S. 67.

Auf dem Landtage zu Güstrow, Judica 1555, stellte die Landschaft 14 gravamina auf, darunter 7:

„Daß die Fürsten die Klöster zu Aemtern gemacht, die Kloster-Güter an Dörfern, Fischereien, Hölzungen und Diensten, auch Pächten, ungebührlicher Weise über alten Gebrauch eingezogen würden, dergestalt, daß Denen von Adel und anderen Ständen ihre gebührliche Gerechtigkeit um gemeldete Stücke gar entzogen würden."

Hierauf erfolgte die Fürstliche Antwort:

„Auf bloßen Bericht der Amtleute sei mit **Serenissimorum** Wissen Niemand beschwert, auch in den Klöstern oder derselben Gütern wären auf Ihren Befehl Niemanden seine Rechte oder Gerechtigkeit entzogen, wenn aber Jemand einige Beschwerung darthun könnte, wollten Sie, was recht und billig, verfügen."

Spalding a. a. O. S. 12, 13, 14. —

Für den auf den 19. Mai 1555 nach Güstrow ausgeschriebenen Landtag proponirten dagegen die Fürsten:

„I. Sie versicherten, daß Sie geneigt wären, die wahre Religion durch eine christliche Visitation zu befördern, die Unterthanen bei dem allein seligmachenden Göttlichen Worte zu schützen, und die geistlichen Güter in der sämmtlichen Regierung gehörig mit Rath der Landschaft zu christlichem milden Gebrauch, zur Bestellung der Universität, **Consistorii**, Schulen und Kirchen anzuwenden, auch die Gerichte ordentlich zu bestellen, damit einem jeden das Recht und die Billigkeit förderlich widerfahren möge."

Die Landschaft erwiderte hierauf:

„Sie bedanke sich für das Fürstliche Erbieten, die gemeine Wohlfahrt im Geistlichen und Weltlichen, in gemeinen und unterschiedenen Sachen, ein jegliches nach seiner Art, mit Rath und Vorwissen der Räthe und Landschaft in Besserung zu bringen, und bäte, solches alles auf das baldmöglichste vor der Hand zu nehmen und zur würklichen Beständigkeit zu bringen.

Spalding a. a. O. S. 15, 16. —

Es ist jedoch klar, daß aus jenen, in Veranlassung der Säcularisation der Klöster und geistlichen Stiftungen und der Einziehung ihrer Güter gegebenen Versicherungen der Fürsten, die in ähnlicher Weise auch noch auf den nächstfolgenden Landtagen vorkamen, nicht abgeleitet werden kann, daß die Landesherren durch dieselben gegen ihre Patronatskirchen allgemein die Verpflichtung zur subsidiären Bestreitung ihrer Baulast für alle Zukunft übernommen hätten. Bei jenen Zusicherungen ist nicht bloß von der Verwendung der eingezogenen geistlichen Güter zum Besten der Kirchen, sondern auch zum Besten der Universität, des Consistorium und der Schulen, und hinsichtlich der Kirchen keinesweges bloß von denen Landesherrlichen Patronats die Rede. Es fehlt dabei aber auch jede Beziehung zu dem Landesherrlichen Patronate und der kirchlichen Baulast. Dazu war jene Versicherung nur den Ständen gegeben worden, und so, daß die Verwendung mit dem „Rath der Landschaft" geschehen sollte. Es blieb daher lediglich Sache der Stände, über die Erfüllung jener Verheißungen zu wachen; aber keine bestimmte Kirche erhielt daraus gegen den Landesherrn, als ihren Patron, einen Anspruch auf subsidiäre Uebertragung ihrer Baulast.

Keiner anderen rechtlichen Beurtheilung können diejenigen allgemeinen Versicherungen unterliegen, welche schon einige Jahre früher in der Kirchenordnung von 1552 Thl. 5: „Von Unterhaltung und Schutz der Pastoren ꝛc." gegeben worden waren. Wenn es hier heißt:

> „So viel aber Kirchengüter unter dieser Herrschaft sind, Stifft, Klöster, Prebenden, will die Herrschaft dieselbigen nicht zerreißen lassen, sondern dazu erhalten, daß nach Gelegenheit der Städte und Dörfer daraus der Universität und den Kirchen, mit gutem Rath Zulag verordnet werden. Denn dieses ist christlich und den geschriebenen Rechten gemäß, daß diese Gaben, die vor Zeiten zu Erhaltung der christlichen Aemter gedacht sind, noch zu Erhaltung christlicher Lehre, Kirchen, Schulen und Hospitale angewandt werden."

„Derhalben ist der Herrschaft Wille und Gemüth, zu dieser Nothdurft die Stifft- und Klostergüter anzuwenden, denn sie erkennet sich schuldig, den Kirchen Hülfe zu thun, wie im Propheten Esaia cap. 49 geschrieben ist: „Die Könige werden deine Nährer sein und die Königinnen deine Säugammen," das ist, die Könige und Fürsten sollen die Kirchen als treue Väter und Nährer schützen und zum Predigtamt Unterhaltung verordnen, dergleichen sollen auch alle Städte und ehrlich Regiment treulich Förderung und Hülff darzu thun, als ihre Säugammen."

„. . . . Wie auch die Herrschaft selbst die Stifft und Klöster nicht zu sich ziehen, sondern allein zu Hülff der Kirchen, Studien, Consistorien, Ordination und Visitation beisammen erhalten will" —;

so ist auch in diesen Aeußerungen Nichts zu befinden, als die Verheißung des Zusammenhaltens und Verwendens der eingezogenen geistlichen Güter zu den angedeuteten verschiedenen christlichen Zwecken. Das Nähere über die Art und Weise und den Umfang dieser Verwendungen ist völlig unbestimmt geblieben. Daher kann auch die Wiederholung derselben Stellen in der Revidirten Kirchenordnung von 1650 an demselben Orte nicht weiter führen.

6. Dieselben Kirchenordnungen enthalten jedoch auch bereits Erklärungen über die Baulast bei den geistlichen Gebäuden. Die Kirchenordnung von 1552: „Von der Visitatio" besagt „zum Zwanzigsten":

„Sie [die Bürgermeister und Amtleute] sollen auch die Sted und Dorffschaften dazu halten, daß sie die Kirchen und der Kirchenpersonen Behausungen, Schulen und Custoswohnung nicht zerfallen lassen. Item, daß sie dieselbigen trewlich bawen oder wiederumb uffrichten. Und so die Amptleute, Bürgermeister, Stedte und Dorffschaften in diesem nöthigen Werk unwillig sein werden, sollen die Superattendenten, oder das Consistorium, der Herrschaft davon Anzeigung thun. Und wird sich die

Herrschaft also erzeigen, daß Stedte und Dorffschafften in diesem billichen gehorsam nicht semmlich sein werden. Zu dem wird auch die Herrschaft zu allen nöthigen Gebewen, an solchen örtern, da es die Notdurfft erfordert, Holtz geben."

In dem Abschnitte „Von Unterhaltung und Schutz der Pastoren ꝛc. ist ferner angeordnet, daß der Rath in jeder Stadt einen gemeinen Kasten für den Vorrath und das Einkommen der Kirche einrichten soll „zu der Kirchen baw," Belohnung der Diaconen und Schulmeister, und zu Elemosynen für die Armen. Zugleich ist bestimmt, wie zu gewissen Zeiten des Jahres Einsammlungen von Elemosynen in den Häusern für jenen Kasten veranstaltet werden sollen.

Die Revidirte Kirchenordnung von 1650: „Von der Visitatio" wiederholt a. a. O. die obige Stelle mit einigen Abänderungen:

„Sie sollen auch die Juraten und Kirchspielsverwandten in Stedten und Dorffschafften dazu halten ꝛc, wie oben bis — „aufrichten und bessern."

„Insonderheit aber in den kleinen Land-Stedten und Dörffern, da die Kirchen an Hebungen unvermögen sein, und die Kirchspiel Leute die Wedeme und Küsterei mit den scheunen, stellen und zeunen gebawet, gebessert und erhalten haben, Sollen sie auch bei denselben beschaffen, daß sie solche gebew ferner in gutem wesen erhalten und die unvermögende Kirchen hiemit verschont werden und zu jrem eigen gebew nottnrfft haben." — Dann folgt das Weitere, wie oben. —.

In einer neu hinzugekommenen Stelle ebendaselbst heißt es noch:

„Imgleichen sollen sie [die Visitatoren] auch gewisse anordnung machen, was ein jedes eingepfarrte Dorff, an der Wedeme, Küsterey und Kirchhofe, bessern und bawen solle."

In dem Abschnitte „Von Unterhaltung und Schutz der Pastoren ꝛc." wird das Obige wiederholt, und nur noch hinzu-

gefügt, daß, wo bisher keine Prediger-Wittwenhäuser gewesen, solche „von den Vorstehern und Kirchspiel“ erbauet werden sollen.

Aus diesen Bestimmungen geht soviel hervor, daß nach den beiden Kirchenordnungen der Kirchenbau zunächst aus dem Kirchenvermögen — dem gemeinen Kasten — zu bestreiten ist; daß aber auch den Eingepfarrten eine gewisse Baulast hinsichtlich der geistlichen Gebäude beigelegt ist, deren Umfang hier nicht weiter untersucht und festgestellt zu werden braucht; daß aber von einer subsidiären Beitragspflicht des Patrons hier nirgends die Rede ist, außer in dem einen Punkte, daß der Landesherr — als Patron der Fürstlichen Patronats-Kirchen — verheißen hat, **in subsidium** das Holz zu den geistlichen Bauten zu liefern.

7. Die in den Kirchen-Ordnungen gegebenen Andeutungen über die kirchliche Baulast sind zum Theil weiter ausgeführt in den verschiedenen Superintendenten-Ordnungen.

In dem Eingange der Superintendenten-Ordnung von 1571 verheißen die Landesherren unter Anderem, halten zu wollen auf „gebührliche Verwaltung der Kirchengüter zu nothdürftigem Unterhalte der Kirchen, Schulen, Hospitalien und deren Gebäude.“

Die erneuerte Superintendenten-Instruction vom 20. Mai 1681 weiset unter Drittens die Kirchenbauten auf das Kirchenvermögen an. Jedoch sollen dazu nur die Einkünfte der Kirchen — „Zinsgelder und andere Intraden“ —, nicht die Capitalien derselben verwendet werden. In Ermangelung solcher genügenden Aufkünfte soll der Baubedarf durch „Collecten hier im Lande sowohl, als anderswo“ aufgebracht, bei dem Bau aber sollen „die Eingepfarrten zu ihrer schuldigen Handarbeit“ angehalten und „der Abgang der wüsten Baustädten zu diesem Zwecke resarciret“ werden.

Dieses Alles ist wiederholt worden in der Verordnung an die Superintendenten vom 15. Mai 1694 **sub VIII.** und **IX.**, nur daß im Nothfalle auch der Angriff der Kirchen-Capitalien zu den Bauten gestattet wird mit der Anweisung, sie demnächst wieder aus den Einkünften zu completiren. — Außerdem werden hier noch nachdrückliche Anweisungen gegeben, wie die

Eingepfarrten zu der Bau-Arbeit angehalten werden sollen, und dabei heißt es noch:

„Wann auch oft bei einer Kirchen sich mehr als ein Patronus findet, und wegen des Streits, so die Patroni unter sich haben, die würkliche Hülffe des Kirchen-Baues unterlassen wird, so wollen Wir an denen Angezeigten und etwa andern mehr befindlichen Oertern, die ihr Uns kund zu machen habet, Unsere Fürstliche Authorität interponiren, und diejenigen, welche sich unbillig der Hülffe zum Kirchen-Bau entziehen, entweder mittelst privirung des juris Patronatus, oder auf andere Arth wirklich dazu anhalten."

Der Sinn dieser Stelle ist nicht etwa der, daß die Patrone aus ihren eigenen Mitteln zu dem Kirchenbaue beisteuern und dazu angehalten werden sollen, sondern es wird ihnen nur eingeschärft, sich der Sorge für die Beschaffung der nöthigen Kirchenbauten gehörig zu unterziehen, bei Strafe der Suppression oder anderer Zwangsmittel.

Später finden sich noch sub 7 die Worte: „uud haben die Bauern, ob sie gleich an den Kirchen- und Pfarr-Zimmern Handarbeit thun ꝛc.."

Endlich hat die Herrschaft in der Superintendenten-Instruction vom 20. Mai 1681 a. E. noch in subsidium die Kosten der darin angeordneten Zimmer-Besichtigungen der kirchlichen Gebäude übernommen.

Diese Kosten bilden jedoch keine patronatische Verpflichtung, sondern eine Last des Oberbischofs, als solchen.

8. Wenn das membrum 4 der gravamina ecclesiastica, zu welchen die Landesherrlichen Resolutiones vom 16. Julii 1701 erfolgt sind, darauf gerichtet ist, daß „inter alia die Kirchen-Gelder insciis et invitis dotantibus Patronis als dotes ecclesiarum" zu verschiedenen fremdartigen Gegenständen — unter anderen zur „Erbauung anderer Kirchen und Priesterhäuser" — verwendet worden, so enthält der Ausdruck „dotantibus Patronis" nur eine Hinweisung auf die Dotationen der Kirchen, als den Grund der Patronate, vermöge dessen die Patrone ein Recht darauf haben,

daß über das Kirchenvermögen nicht „**inscîis et invitis iis**“ verfügt werde. Es kann daraus aber nicht abgeleitet werden, daß den Patronen über die erfolgte Dotation der Kirchen hinaus noch anderweitige subsidiäre Verbindlichkeiten zu deren Erhaltung oblägen. Das **membrum 6 sub 6** ist dagegen gerichtet, daß man von den Patronen „bei nöthigem Kirchenbau“ erst die Erstattung von Relationen verlange, wodurch der Bau merklich verhindert werde. Die Landesherrliche Resolution hierauf lautet: „Ihr Durchl. verstatten gnädigst, daß zur Besparung der Unkosten die **Patroni** jeden Ohrts mit Zuziehung **Pastoren** und **Kirchen-Juraten**, auch Zimmer- und Mauer-Leute, die baufällige Kirchen und geistliche Gebäude besichtigen, und so weit es nöthig befunden wird, bessern lassen mögen.“ Diese Erklärung bezieht sich wie die in **rat. 7** hervorgehobene Stelle der Superintendenten-Ordnung vom 15. Mai 1694, lediglich auf die, den Patronen obliegende, Sorge für die gehörige Erhaltung der Kirchen und geistlichen Gebäude, es ist aber auch in ihr keine Verbindlichkeit der Patrone, dieses auf ihre eigenen Kosten zu thun, ausgedrückt worden.

9. Die „Erläuterung der Fürstlich Mecklenburgischen Kirchen-Ordnung“ von 1708 besagt unter **IV**:

„Weiterhin, was die Kirchen-Gebäude und Schulen angehet, so setzen und ordnen Wir, daß

1) wo eine beweisliche Ordnung und Eintheilung ist, was **Patronus** und Eingepfarrte, Edelleute und Landgesessene sammt den Unterthanen für deren Unterhaltung zu thun und beizutragen haben, nach derselben auch fortan dem Herkommen nach verfahren werde. Wo aber solche Ordnung und Einrichtung nicht beweislich ist, soll es unser Geistlich Gericht erörtern.“

„2) Die Kirchen soll man mit allem Fleiß in acht nehmen, daß sie gebessert, und nicht hinfällig werden; deswegen die Kirchenvorsteher entweder alle Quartal, oder aufs wenigste alle Ostern- und Michaelis-Zeiten sowohl die Kirche besteigen und das Dach- und Mauerwerk besehen, und da es

nöthig, sich zugleich, ehe der Schaden größer wird, nach Hülffe umthun, als gleichfalls die übrige Gebäude wohl durchsehen und conserviren, auch denen Eingepfarrten Obrigkeiten, was ihre Unterthanen zu thun haben, zeitig zu verstehen geben sollen."

Der erste Abschnitt spricht nur von dem erweislichen Herkommen einzelner Orte; es kann daher auch hinsichtlich des dabei mitgenannten „Patronus" auf sich beruhen, ob seiner dabei nur als eines der Eingepfarrten gedacht, oder damit eine besondere Beitragspflicht des Patrons, als solchen, bezielt worden ist. Jedenfalls kann aus dieser Stelle Nichts für eine allgemeine subsidiäre Beitragspflicht der Patrone an Orten, wo kein desfallsiges specielles Herkommen erweislich ist, abgeleitet werden.

Der zweite Abschnitt gedenkt nur Dessen, was die Eingepfarrten zu thun haben. Hat nun gleich diese Erläuterung der Kirchen-Ordnung keine Gesetzeskraft erlangt, so war doch ihr Inhalt als ein geschichtliches Zeugniß in dem vorliegenden Zusammenhange nicht zu übergehen.

10. Der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich von 1755 hat zunächst die Kirchen-Ordnungen von 1552 und 1602 im Allgemeinen bestätigt. Der §. 499 bestimmt dann, daß bei den Landesherrlichen Patronat-Pfarren die Fürstlichen Beamten, bei adelichen und städtischen Patronat-Pfarren aber die Patronen jedes Ortes, Macht haben sollen, mit Zuziehung der Prediger und Kirchen-Vorsteher, auch beeidigter Zimmer- und Mauerleute, die baufälligen Kirchen und geistlichen Gebäude zu besichtigen und, soweit es nöthig befunden wird, von den Kirchengeldern bessern zu lassen." „Jedoch, wenn der Eingepfarrten Assistenze dazu erfordert wird, so sollen selbige mit zugezogen, und, nach vorgängiger Vereinbarung, die zu leistende Fuhr- und Handdienste regulirt werden."

Hinsichtlich der bezeichneten Zimmerbesichtigung wiederholt dieser Paragraph nur die in rat. 7 und 8 erwähnten älteren Bestimmungen über diesen Gegenstand. Im Uebrigen wird den Patronen auch hier nur die Sorge für die Erhaltung der

Kirchen und geistlichen Gebäude auferlegt. Sie sollen dieselben zunächst von den Kirchengeldern bessern lassen; in subsidium sollen aber auch die Eingepfarrten Fuhr- und Handdienste dazu leisten.

Der §. 500 hat noch weiter bestimmt: „Wenn Pfarr- und Küsterhäuser neu erbauet werden sollen, so sollen die Eingepfarrten nur allein an den Orten, wo es hergebracht, sonst aber nicht, Hand- und Spanndienste, keinesweges aber einige Geld-Praestanda zu leisten oder Baumaterialien in natura zu liefern, schuldig sein. Jedoch bleibt der Fall eines besonderen Pacti oder erweislichen Herkommens ausbeschieden."

Dieser Paragraph handelt mithin allein von der Beitragspflicht der Eingepfarrten zu den Neubauten der Pfarr- und Küster-Häuser. In welchem Umfange nun nach diesen beiden Paragraphen des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs die Beitragspflicht der Eingepfarrten zu den Bauten der Kirchen und geistlichen Gebäude besteht; insbesondere, ob sich dieselbe streng wörtlich auf das in diesen Paragraphen Ausgedrückte beschränkt, oder ob daneben — zumal neben dem §. 499 — noch eine weitere subsidiäre Beitragspflicht derselben besteht; das ist der Gegenstand der in rat 4 erwähnten Controverse und der in rat. 2 erwähnten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts. Dieser Gegenstand bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Gewiß ist dagegen, daß die beiden Paragraphen von einer Beitrags-Verbindlichkeit des Patrons keine Andeutung enthalten, und daß daher von einer solchen auch nach dem Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleiche nicht weiter die Rede sein kann, als die älteren Gesetze, insbesondere die in dem §. 483 bestätigten Kirchen-Ordnungen, eine solche begründen. Daraus, daß sich die Beitragspflicht der Eingepfarrten auf die, in den §§. 499, 500 speciell bestimmten Beiträge beschränkte — wie auch die in rat. 2 erwähnten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts angenommen haben —, würde für eine allgemeine subsidiäre Beitragspflicht des Patrons um so weniger Etwas folgen, als die Kirchen-Ordnungen selbst den Landesherrn, als Patron, nur in sub-

sidium zu der Lieferung des erforderlichen Bauholzes verpflichten, und die Superintendenten-Ordnungen auf ganz andere Mittel zur Herbeischaffung des Fehlenden verwiesen haben — rat. 7 —.

11. Auch aus der Stiftungs-Acte zur Unterstützung Herzoglicher Patronat-Kirchen und Pfarren aus dem Fonds des erhöheten Fünften Steuer-Pfennigs, d. d. Schwerin den 29. October 1784, kann Nichts für den Bestand einer solchen subsidiären Beitragspflicht des Patrons entnommen werden. Daß der Landesherr aus freier Entschließung einen, für diesen Zweck von den Ständen durch Vergleich erlangten, jährlichen Beitrag von 3000 Thlrn. von der Aufkunft jenes fünften Steuer-Pfennings zu einem Fonds zur Unterstützung hülfsbedürftiger Fürstlicher Patronat-Kirchen und Pfarren, insbesondere zur Abtragung ihrer Schulden und zur Beihülfe für ihre Baubedürfnisse, bestimmt hat, kann in keiner Weise als eine Anerkennung einer subsidiären patronatischen Beitragspflicht zu den Bauten der Fürstlichen Patronats-Kirchen und geistlichen Gebäude gedeutet werden. Auch giebt die Stiftungs-Urkunde jenen Kirchen u. s. w. kein bestimmtes Anrecht auf die bezeichneten Unterstützungen, sondern es ist nach ihr lediglich die Sache der concreten Landesherrlichen Bewilligung, ob und wie viel der einzelnen Kirche u. s. w. aus diesem Fonds zu ihrer Unterstützung zugestanden werden soll oder nicht. Wenn aber sub 3 und sub 11 ibid. auch von der bisherigen und ferneren Unterstützung jener Kirchen u. s. w. bei Kirchen- und Pfarrbauten aus den Fürstlichen Amts-Cassen die Rede ist, so wird dieser Unterstützung hier lediglich als einer Thatsache ohne alle Beziehung auf eine rechtliche Verpflichtung zu derselben gedacht. Vielmehr erscheinen auch jene Unterstützungen hier nur als freiwillige Beiträge zur Kehrung der Nothdurft hülfsbedürftiger Kirchen und Pfarren. — Im Uebrigen hat die Stiftungs-Acte sub 2 ihre Beihülfe nur in so weit in Aussicht gestellt, als nicht die Eingepfarrten im einzelnen Falle beitragspflichtig sind.

12. Das Landesherrliche **Circulare** an die Beamten wegen des Verhaltens bei dem Bau oder der Reparatur geistlicher Gebäude vom 14. Februar 1806 — von Both, Sammlung, Bd. 4, S. 36—43 — gedenkt für die kirchliche Baulast nur zweier Verpflichteten: des Kirchenvermögens und der Eingepfarrten.

Endlich das neueste allgemeine Gesetz, die Verordnung vom 27. December 1824 — nebst der auf sie bezüglichen Declarator-Verordnung vom 21. April 1832 — legt, §. 6, dem Patrone nur **in subsidium** auf:

a. die unentgeltliche Lieferung der Baumaterialien an Holz, Brettern, Latten, Steinen und Kalk, gegen Bezahlung des Hau- und Sägelohnes, auch Brenn-, Zähl- und Meßgeldes;

b. die eine Hälfte der baaren Baukosten.

Alle übrigen zu dem Bau erforderlichen Prästationen müssen, nach den näheren Bestimmungen des §. 6, subsidiär von den Eingepfarrten getragen werden. Reicht dagegen das Kirchenvermögen zu der Bestreitung der baaren Baukosten und der Anschaffung des Baumaterials hin, so verbleibt es bei den Bestimmungen der §§. 499, 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs.

13. Aus allem Vorstehenden ergiebt sich, daß auch die inländischen Kirchengesetze keine allgemeine Verpflichtung der Patrone, beim Unvermögen der Kirchen subsidiär deren Baulast zu übernehmen, kennen. Zwar haben die Landesherren schon in früheren Zeiten als Oberbischöfe auf ihr Patronat die subsidiäre Suppeditirung des Holzbedarfs und die Kosten der Zimmerbesichtigung übernommen, aber weiter ist ihre rechtliche Obliegenheit bis zu der Verordnung vom 27. December 1824 nicht gegangen. Daß auch der letzteren eine solche Verpflichtung des Patrons, wie sie der Kläger hier angesprochen hat, fremd ist, liegt schon in den Anschauungen der rat. 12. Eben so wenig ist in Mecklenburg eine allgemeine kirchenrechtliche Observanz, oder ein solcher Gerichtsgebrauch erweislich, nach welchen der Patron allgemein subsidiär verbunden wäre, den Baubedürf-

nissen der unvermögenden Kirche aus seinen Mitteln abzuhelfen. Um so weniger kann die Rede davon sein, bei den älteren gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere auch bei denen der §§. 499, 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, eine solche subsidiäre Verpflichtung des Patrons zu subintelligiren.

Ohne allen haltbaren Grund hat sich der Kläger noch auf die in Mecklenburg bestehende subsidiäre Verpflichtung des Patrons zu der Suppeditirung von Proceßkosten für die unvermögende Kirche berufen. Diese, dem Patronate an sich fremde, nur aus einer Verwechselung desselben mit der Advocatie hervorgegangene Obliegenheit

— Lippert, Entwickelung der Lehre vom Patronate §. 59, —

gestattet keine Ausdehnung auf andere Bedürfnisse der unvermögenden Kirche.

60.

Ueber die Zulässigkeit eines einseitigen Verzichtes auf das Patronatrecht nach gemeinem und Mecklenburgischem Rechte. Ro. 564/1856.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in dem Bescheide vom 10. Juni 1858 über den in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstand folgender Maßen aus:

Die von jeher bestrittene Frage nach der Zulässigkeit eines Verzichtes auf das Patronatrecht würde vom Standpunkte des Canonischen Rechtes aus zu bejahen sein. Es besteht nämlich richtiger Ansicht zufolge, weder nach den Bestimmungen des **corpus juris canonici**, noch nach denjenigen des Tridentinischen Concils eine directe und unbedingte Verbindlichkeit des Patrons, die kirchliche Baulast aus eigenem Vermögen zu bestreiten, und beschränkt sich die — auch dem früheren Rechte entsprechende — Ausnahme des **Concilium Tridentinum, sess. XXI cap. 7 de reformat.** (verb.: **omnes patronos et alios, qui fructus aliquos ex**

dictis ecclesiis provenientes percipiunt) auf den Fall, daß derselbe sich im Besitze kirchlicher Einkünfte befindet.

Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts. Bd. 2, Seite 717, 807 f not. 34.
Lippert, Versuch einer Entwickelung der Lehre vom Patronate, Seite 148 ff.
Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, § 303 not. 16.
Meier, Institutionen des gemeinen Kirchenrechts §. 114, not. 7.

Wenn im Uebrigen der Bischof befugt ist, den Patron, welcher die baufällige Kirche beim Mangel sonstiger ausreichender Mittel zu bessern verweigert, unter der Androhung der Privation zum Bau aufzufordern,

J. H. Böhmer, jus paroch., sect. VII, cap. III, §. 5,
Meier a. a. O. not. 7 a. E.,

so zeigt sich damit die Abhängigkeit der dem Letzteren in der fraglichen Beziehung obliegenden Pflicht von seinem Patronatrechte, wobei nur die selbstverständliche Schranke anerkannt werden muß, daß derselbe sich der ihn, als Beneficiaten, treffenden Baupflicht nicht dadurch würde entziehen können, daß er in Folge der Androhung der Privation sein Patronatrecht unter Reservation der ihm zuständigen kirchlichen Einkünfte, dem Bischofe zur Disposition stellte. In Uebereinstimmung mit dem so eben dargelegten Verhältnisse des Patrons zur Befriedigung des kirchlichen Baubedürfnisses faßt das Canonische Recht überhaupt die Pflichten desselben als secundäre Folgen seiner Rechte auf. Geht freilich Lippert a. a. O., S. 144–148, zu weit, wenn er bestreitet, daß dem Patrone überhaupt eine Verbindlichkeit zur Ausübung von Schutz und Aufsicht über die Kirche obliege, so zeigen doch die von ihm angeführten **can. 31 und 32 caus. 16 qu. 7**, wie sehr bei dem Institute des Patronates das Recht über die Kirche im Vordergrunde steht, und ist es von Bedeutung, daß nicht bloß von einem den Patronen zuständigen **jus consulendi** und **jus advocatiae** gesprochen,

Gratian. ad can. 30 caus. 30 qu. 7,
cap. 23 x. de jure patronatus (3,38),

ſondern überhaupt die Nichtexiſtenz eines Patrons als ein Zuſtand der Freiheit der Kirche aufgefaßt wird.

cap. 41 x. de testibus (2, 20).

Da nun auch das **cap. unic. de jure patronatus in VI** (3, 19) es für zuläſſig erklärt, daß ein Laie ſeinen Patronat ohne Genehmigung des Biſchofes auf die betreffende oder eine andere Kirche, oder einen **locus religiosus** übertrage, ſo hat die Lehre von der Statthaftigkeit des einſeitigen Verzichtes gemeinrechtlich allerdings mit Recht von der Gloſſe **ad can. 35 caus. 16 qu. 7** an bis in die neueſte Zeit, eine weitverbreitete Anerkennung gefunden.

Vgl. Reiffenstuel, jus canonicum universum, lib. III, tit. 38, nr. 125.
Wieſe, Handbuch des gemeinen Kirchenrechts, Thl. 2 §. 227.
Pachmann, Lehrbuch des Kirchenrechts (Wien 1853), §. 273.

Gerade von den neueren Vertheidigern dieſer Anſicht wird aber von der aufgeſtellten Regel zutreffend für den Fall eine Ausnahme ſtatuirt, daß durch Geſetz, Gewohnheit oder einen ſonſtigen Rechtsgrund für den Patron als ſolchen eine directe (mit einem Klagerecht der Kirche verbundene) Verbindlichkeit zur Theilnahme an der Baulaſt feſtſtehen ſollte.

Eichhorn a. a. O., Bd. 2 S. 717 f.
Richter a. a. O., §. 144 zur Not. 2.
Mejer a. a. O., §. 120 not. 25 (argumentum a contrar.).
Permaneder, Handbuch des katholiſchen Kirchenrechts (1846), §. 416 S. 574, und
Die kirchliche Baulaſt (München 1838), §. 16 S. 30.
Schulte, das katholiſche Kirchenrecht Th. 2 §. 171 (1856).

Denn in dieſem Falle wird die dem Patron in Bezug auf die kirchlichen Bauten obliegende Verbindlichkeit durch das directe Klagerecht der Kirche ihrer Abhängigkeit von den Patronatsrechten entnommen und dieſen gegenüber in eine ſelbſtändige Stellung verſetzt. Daß ein ſolchergeſtalt mit ſelbſtändigen gegenſeitigen Rechten und Pflichten verbundenes Verhältniß nicht durch einſeitigen Verzicht eines Betheiligten aufgelöſt werden kann, unterliegt keinem Zweifel, und iſt weſentlich der Grund,

mittelst dessen schon in ältester Zeit Joannes Teutonicus (vgl. die Glosse ad can. 35 caus. 16 qu. 7), wie in neuester Zeit Br. Schilling (der kirchliche Patronat, §. 78) auch gemeinrechtlich die Unstatthaftigkeit des einseitigen Verzichtes auf den Patronat zu vertheidigen suchen. Die Unzulässigkeit eines solchen nach dem Mecklenburgischen Particularrechte folgt in Gemäßheit des Vorstehenden aus der hier gesetzlich anerkannten directen Verbindlichkeit des Patrons zu Beiträgen für den Kirchenbau.

61.

1. Berechtigung der Mecklenburgischen Landesherren, als Oberbischöfe, zur unmittelbaren Bestellung von Procuratoren für einzelne Kirchen und Pfarren.
2. Ueber die Vertheilung kirchlicher Gemeindefuhrlasten zwischen einer Stadt und eingepfarrten Dorfschaften. — Processualische Stellung der Kirche zu dem Streit der Parochianen über diese Vertheilung.

Go. $389/_{1857}$.

Der vom Oberkirchenrath bevollmächtigte Procurator der Kirche zu G. forderte mittelst einer bei der Justiz-Canzlei zu Rostock erhobenen Klage von dem Magistrat der Stadt G. $^9/_{10}$ der Kosten, welche durch Anholung der aufwartenden Prediger während der nach dem Tode des Pastors K. eingetretenen Vacanzzeit veranlaßt und von der Kirche ausgelegt waren, im Betrage von 67 Thlrn. 31 ßl. 8 pf., indem er sich zur Rechtfertigung der in Anspruch genommenen Quote von $^9/_{10}$ auf das Verhältniß der Zahl der Einwohner der Stadt G. zu derjenigen der Einwohner der eingepfarrten Dorfschaften berief. Der beklagte Magistrat bestritt die Legitimation des Klägers, machte mehrere Entfreiungsgründe gegen die Beitragspflicht der Stadt überhaupt geltend und bekämpfte endlich den vom Kläger zu Grunde gelegten Repartitionsmodus. Nachdem

bis zur Duplik verhandelt worden, erfolgte das erste Erkenntniß vom 27. März 1857, welches den Beklagten bedingt in Gemäßheit des Klagegesuches verurtheilte, demselben jedoch den Beweis der vorgeschützten Entfreiungsgründe vorbehielt.

Auf Appellation des Beklagten reformirte das Oberappellationsgericht mittelst des im Uebrigen bestätigenden Erkenntnisses vom 24. Juni 1858 dahin, daß die im ersten Urtheile ausgesprochene bedingte Verurtheilung, statt auf $^9/_{10}$ der fraglichen Kosten, vielmehr auf den die Stadt G. treffenden Antheil gerichtet werde und die weitere richterliche Bestimmung über die Größe desselben bis nach Gehör aller Eingepfarrten über den Repartitionsmodus vorbehalten bleibe.

Gründe:

1. Die Mecklenburgischen Landesherren haben als Oberbischöfe der Landeskirche vermöge zweifelloser kirchenrechtlicher Praxis das Recht hergebracht, unmittelbar durch die von ihnen eingesetzten Verwaltungsbehörden Procuratoren zur gerichtlichen Vertretung einzelner Kirchen und Pfarren zu ernennen, und sind demgemäß die in früherer Zeit von der Regierung bestellten Kirchenprocuratoren in zahlreichen Processen von den Gerichten des Landes — mit Einschluß des Oberappellationsgerichts — als berechtigte Repräsentanten der litigirenden Kirchen und Pfarren anerkannt worden. Die nach der gegenwärtigen Verfassung vom Oberkirchenrathe bevollmächtigten Kirchenprocuratoren können keiner abweichenden Beurtheilung unterworfen werden, da die Einsetzung des Oberkirchenraths nur die Behörde verändert hat, durch welche das in Frage stehende oberbischöfliche Recht ausgeübt wird. Zwar ist es richtig, wenn der Appellant darauf aufmerksam macht, daß weder die obervormundschaftliche Behörde für einen Bevormundeten, noch das Ministerium des Innern für die städtischen Communen processualische Vertreter unmittelbar zu bestellen befugt sei, allein diese Analogien haben, der bestimmten gewohnheitsrechtlichen Entwickelung des hervorgehobenen oberbischöflichen Rechts gegenüber, keine rechtliche Bedeutung, und muß demnach die an-

gefochtene Entscheidung über die Legitimation des Klägers, unter Verwerfung der vom Beklagten erhobenen ersten Beschwerde, bestätigt werden.

2. Bei der Beurtheilung der zweiten Beschwerde muß anerkannt werden, daß eine unmittelbar anwendliche gesetzliche Bestimmung nicht existirt, nach welcher die in Bezug auf das Holen der Prediger zu Vacanzzeiten bestehende Gemeindefuhrlast zwischen Stadt und Land zu vertheilen wäre. Die revidirte Kirchenordnung, Th. 5 fol. 279 a schreibt nur vor, daß die Pastores, so im werenden Gnadenjahr auf Anordnung des Superintendenten aufwarten, mit Kirchspielfuhre geholt und wieder bis an ihre Pfarre geführt werden sollen, und unterliegt es sogar Bedenken, ob diese Vorschrift überall auf Städte zu beziehen ist, da nach fol. 278 in den Städten die anderen Collegen während des Gnadenjahres die Predigten zu verrichten haben. Erst die Verordnung vom 15. Mai 1694 nr. 18, und die dort sub O angezogene Verordnung vom 14. ejusd. haben es zweifellos festgestellt, daß wegen Hinfahr- und Wiederabholung des Predigers bei vacirenden Pastoraten in den Städten die eingepfarrten Dorfschaften ihre Gebühr (gleich Anderen) mit verrichten sollen; nach welchem Modus die Vertheilung zu machen sei, wird nicht gesagt. Der §. 504 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs hat bei der auf das Herkommen gestützten Anerkennung des Hufenmodus zunächst nur die ländlichen Ortschaften im Auge. Endlich stellt die Verordnung vom 27. December 1824, §. 10, keine allgemeine Regel über die Repartition von Gemeindelasten auf, sondern ordnet nur die Frage über die Beiträge zu kirchlichen Bauten. Der Richter ist demnach bei der Frage über die Vertheilung der hier fraglichen Fuhrlast lediglich auf Analogien hingewiesen. Auf welche der hier einschlagenden Bestimmungen man nun aber auch entscheidendes Gewicht legen mag, so kann doch nie der vom Kläger grundleglich gemachte Repartitionsmodus der reinen Kopfzahl gerechtfertigt werden, für welchen sich nirgends (auch nicht in den Normen über die activen Rechte der Gemeindeglieder) ein Anhaltspunkt findet. Diese Vertheilung von richterlichen Amts-

wegen durch diejenige nach der Beichtkinderzahl zu ersetzen, würde der Natur der Sache nach, selbst abgesehen von den Bedenken, welche der unbedingten Anwendung des letzteren Repartitionsmodus auf den vorliegenden Fall entgegenstehen, unstatthaft sein. Nichts desto weniger muß aber das Gesuch des Beklagten, die Klage um des so eben hervorgehobenen Mangels willen abzuweisen, verworfen werden.

3. In Mecklenburg ist nämlich die Vertheilung der Gemeindelasten der zur Frage stehenden Art von jeher als eine, von den Parochianen unter einander zum Austrag zu bringende Angelegenheit angesehen worden. Der §. 499 des Erbvergleichs bestimmt ausdrücklich, daß, wenn in dem dort bezeichneten Falle der Besserung kirchlicher Gebäude der Eingepfarrten Assistenz erfordert wird, selbige mit zugezogen, und nach vorgängiger Vereinbarung die zu leistenden Hand- und Spanndienste regulirt werden sollen. Dieselbe Auffassung kehrt in einer Reihe von Urkunden wieder, welche sich bei Francke (Verbindlichkeit der Eingepfarrten, 1806) abgedruckt finden. In den Rescripten vom 19. Mai 1641 und 6. Juni 1666 (bei Francke a. a. O. Anlagen **VIII** und **X**) wird dem Magistrate zu Röbel, wie auch allen anderen daselbst Eingepfarrten aufgegeben, zur Reparatur der Kirchengebäude nach gemachter gleichmäßiger Abtheilung die Materialien anzufahren. Das Rescript vom 5. September 1682 (Anlage **XIII**) befiehlt den Eingepfarrten zu Vellahn, sich wegen eines von der Kirche zum Bau des Pfarrhauses gemachten Vorschusses mit dem **Pastor** und Juraten zu berechnen und nach getroffenem **liquido** eine proportionirliche Eintheilung unter sich zu machen. Eben so spricht das Rescript vom 19. August 1681 (Anlage **XXII**) davon, daß die Eingepfarrten zu Parum vorgeschossene Kirchengelder nach gemachter proportionirlicher Eintheilung erstatten sollen, und wird den Eingepfarrten bei Wiederholung desselben Mandates unterm 13. Mai 1682 aufgegeben, die vorgeschossenen Kirchengelder **pro rata** wieder herbeizuschaffen. Nach dem Rescripte vom 17. December 1689 — betreffend die Kirchenreparatur zu Hagenow — (Anlage **XIV**) sollten die

Beamten den Eingepfarrten ankündigen, daß sie beizutragen schuldig, und einem Jeden sein Contingent hinwieder nachgerade beizubringen specificiren. Auch sollten sie aus der Kirchenrechnung, was an Fuhrlohn der Ehrnprediger, so im Gnadenjahre aufgewartet, auch zu Abholung der Ehrn-Superintendenten von den Kirchengeldern genommen, die Eingepfarrten aber zu ersetzen schuldig, specificiren. Die Erkenntnisse (Anlagen **XXXVI, XLI, XLIII** und **XLVIII**) verurtheilen demgemäß die Eingepfarrten, zu kirchlichen Bauten billigmäßige, unter sich zu repartirende, Beiträge zu leisten und die subsidiarischen Beiträge verhältnißmäßig, nach einer billigen Vertheilung, **pro rata** zu entrichten. Je zahlreicher früher die Streitigkeiten der Patrone und Eingepfarrten über die subsidiäre Beitragspflicht waren, desto entschiedener wurde anerkannt, daß das feststehende Recht der Kirche auf eine solche Hülfe nicht durch derartige Differenzen leiden dürfe, und wurden folgeweise Anträge auf **interimistica** zugelassen, wie auch die Verordnung vom 27. December 1824, §. 10 in fin., beim Entstehen von Verschiedenheiten zwischen den Eingepfarrten über die Vertheilung die Anordnung eines gerichtlichen **interimisticum** gestattet, und es in solchem Falle den Interessenten überläßt, ihre vermeintlichen Rechte im ordentlichen Wege Rechtens gegen einander auszumachen.

4. Nach Maßgabe der vorberegten Gesichtspunkte ist auch rücksichtlich der in **rat.** 2 erwähnten Fuhrlast die Repartition als eine innere Angelegenheit der Eingepfarrten aufzufassen, unter welchen der Richter die in Bezug auf die Beschaffung der Fuhren bestehende passive Communion nach Analogie des Theilungsverfahrens, unter Berücksichtigung aller einschlagenden concreten Verhältnisse und der bei sonstigen Parochiallasten zur Anwendung kommenden Grundsätze aufzulösen hat. Die Kirche braucht sich überall nicht auf einen Streit über die Repartition einzulassen, sondern kann mittelst einer gegen sämmtliche Eingepfarrte zusammen zu erhebenden Klage von ihnen gemeinschaftlich die Erfüllung der Fuhrlast begehren, und zum Zweck der Realisirung dieser Forderung die gerichtliche Festsetzung eines

interimisticum in Betreff der Repartition veranlassen. Kann nun freilich der Kirche auch nicht das Recht bestritten werden, den Anspruch auf eine bestimmte Quote gegen einzelne Eingepfarrte zu verfolgen, falls sie selbst diesen für sie schwierigeren Weg wählt, so ist ein definitiver Ausspruch über den von dem Einzelnen zu übernehmenden Theil doch immer nur nach Gehör sämmtlicher Beitragspflichtiger möglich, und folgt aus der dargestellten Lage des Verhältnisses, daß, wenn eine eingepfarrte Obrigkeit die Existenz der Pflicht selbst in Abrede nimmt, hierüber vorweg entschieden werden muß, bevor richterlich darüber bestimmt werden kann, zu welchen Theilen eben diese Obrigkeit und die übrigen Eingepfarrten die Leistungen zu beschaffen haben. Denn die Letzteren haben mit der Frage über die Existenz der Pflicht jener Ersteren Nichts zu thun, während andererseits mit ihr allein der auf sie fallende Leistungs-Antheil nicht festgestellt werden kann. Die vorliegende Klage würde daher unter allen Umständen in so weit aufrecht zu erhalten sein, als dieselbe den Antrag auf ein praejudicium über die Verbindlichkeit der Stadt G. zur Theilnahme an der Fuhrlast in sich schließt. Nach Lage der Sache darf indeß auf Grund des vom Kläger gestellten praktischen petitum auch sofort die Verurtheilung zur Leistung des die Stadt treffenden Antheils ausgesprochen und die Bestimmung über die Größe desselben weiterem Verfahren nach Gehör der auf Antrag der Kirche zu adcitirenden übrigen Interessenten vorbehalten werden. Die vom Beklagten begehrte Abänderung des vorigen Erkenntnisses war daher, den hervorgehobenen Gesichtspunkten gemäß, so zu beschränken, wie in dem gegenwärtigen Erkenntnisse geschehen ist.

E. E. H. M.
4/24/30

Digitized by Google

Digitized by Google